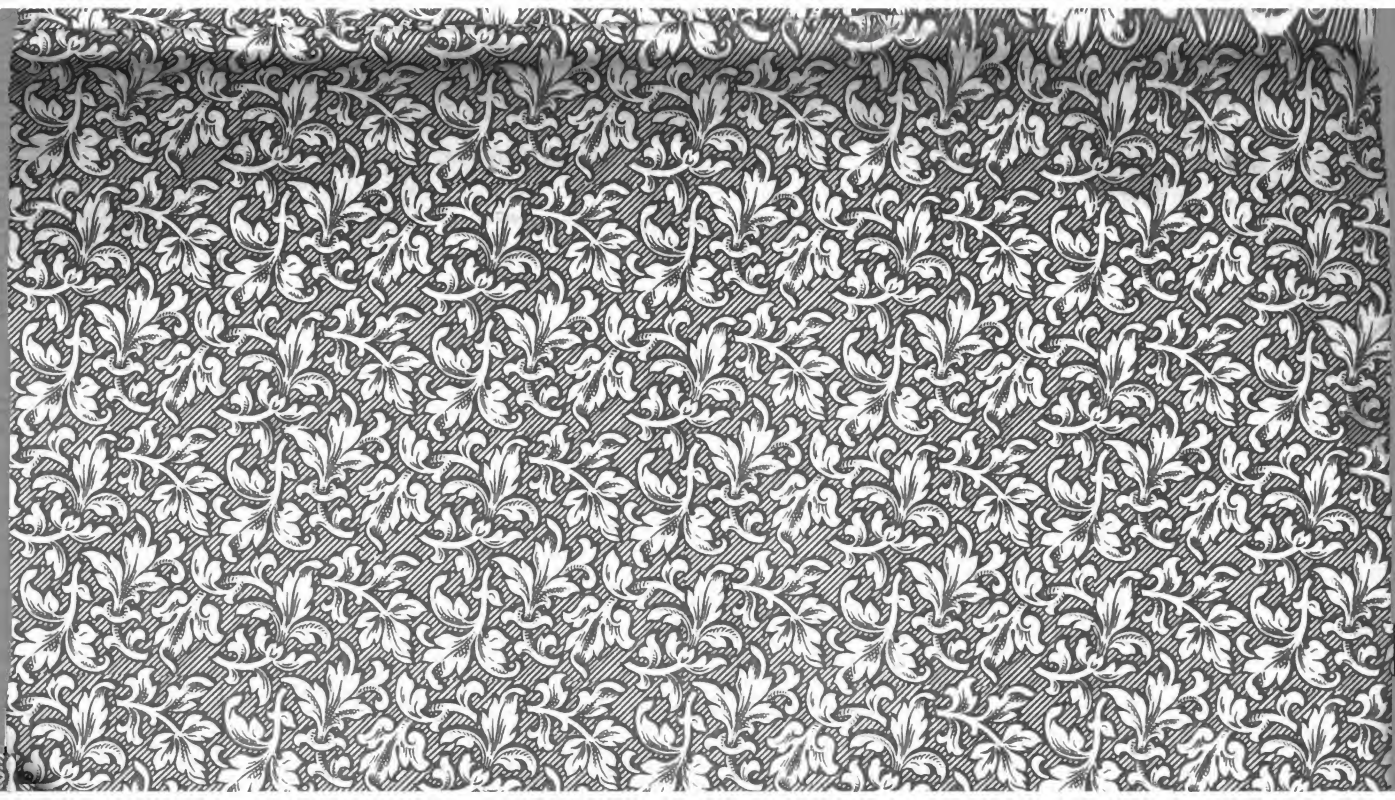
HL OZYF 0

HARVARD LAW LIBRARY.

Received March 7, 1905.



Württembergisches Archiv

für

Recht und Rechtsverwaltung

mit Einschluß der Administrativ-Justiz.

Herausgegeben

von

Dr. F. Ph. F. v. Kübel

und

Dr. E. O. C. v. Sarwey.

Vierzehnter Band.

Stuttgart, 1871.

Druck und Verlag von Chr. Fr. Cotta's Erben.

In Kommission bei **H. Lindemann.**

Rec. March 7, 1905

Inhaltsübersicht

des vierzehnten Bandes.

Seite

I. Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

Die Prozesse über die sog. Almosenbeiträge des Staates. Von Dr. Sarwey 1

Genügt zu Begründung der Zuständigkeit des Civilgerichtes die Behauptung der Partei, daß ihr ein privatrechtlicher Anspruch zustehe? Von Dr. Sarwey 43

Beweis der unehelichen Vaterschaft durch Geständniß. Von Herrn Justizassessor G. Pfizer 57

Die Verleihung der juristischen Persönlichkeit an milde und andere denselben gleichstehende Stiftungen 65

Ueber Administrativjustiz nach Württembergischem Rechte. Von Dr. Sarwey 185

Haften mehrere Vollmachtgeber für die von ihrem gemeinschaftlichen Bevollmächtigten gegen Dritte übernommenen Verbindlichkeiten als Gesammtschuldner? Von Dr. Kübel 317

II. Fragmente.

Mittheilungen aus der Rechtsprechung des Obertribunals in Civilsachen. Mit Bemerkungen. Von Dr. Kübel . 100

A. Civilrecht.

Das Weiderecht des Eigenthümers neben einer bestehenden Schafweidegerechtigkeit 100

Das Erforderniß der Rechtsausübung bei der Servitutenersitzung; Speisung von Privatbrunnen aus öffentlichen Brunnenleitungen 107

Seite

Die Verbindlichkeit zur Theilnahme an den Kosten einer gemeinsamen Wiesenwässerungsanstalt als Reallast 113

Benützung einer gemeinschaftlichen Einfahrt zum Ablauf von Abwasser 117

Verfügungsrecht des Forderungsberechtigten im Falle der Verfaustpfändung der Forderung 121

Irrthum über den Vertragsgegenstand 123

Die Uebertragung der Forderung aus inskribirten Inhaberpapieren 124

Vertragsmäßige Kompensation 136

Liegenschaftsgesetz; Irrthum über den Inhalt der Vertragsurkunde 137

Pachtvertrag; Unzulässigkeit der Betreibung eines dem gepachteten gleichen Geschäftes durch den Pächter 137

Vom Beweise des Irrthums bei der condictio indebiti 139

Subsidiarität der Regreßklage gegen die Mitglieder einer Unterpfandsbehörde 141

Paulianische Klage gegen den Bürgen 142

Paulianische Klage; nach welchem Rechte sind deren Voraussetzungen zu beurtheilen? 150

Paulianische Klage; Klageberechtigung der einzelnen Gläubiger während der Dauer des Konkurses über das Vermögen des Schuldners 153

Paulianische Klage; Feststellung der Vernachtheiligung des klagenden Gläubigers 154

Paulianische Klage; praesumtio doli, wenn ein Stellvertreter des begünstigten Gläubigers für diesen gehandelt hat 154

Paulianische Klage; betrügliche Absicht des Schuldners 156

Paulianische Klage; Beginn der Verjährungsfrist 157

Legitimation des Pflegers eines unehelichen Kindes zur Klage auf dessen Alimentirung gegen den natürlichen Vater im Falle des Widerspruches der Mutter 159

Bedeutung der Anerkennung eines vor der Verehelichung seiner Mutter gezeugten Kindes durch den nachherigen Ehemann der Mutter für die Legitimation des Kindes 160

Seite

Entziehung der Erbschaft wegen Unwürdigkeit des Erben 167

Statutenkollision; nach welchem Ortsrechte ist die Klagenverjährung zu beurtheilen? 341

Vertragsfähigkeit der Hauskinder 341

Stillschweigende Willenserklärung einer Amtskorporation 342

Theilung des Eigenthums einer deutschrechtlichen 343

Verbot der Betreibung eines bestimmten Gewerbes in einem Hause als Realservitut 349

Die Verpfändung einer Gesammtheit von beweglichen Zugehörungen einer Liegenschaft 351

Bedeutung der für die Ablösbarkeit von Leistungen für öffentliche Zwecke aufgestellten Voraussetzung der Verknüpfung der Leistungsverbindlichkeit mit einem Vermögensbesitze 356

Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages . . 361

Die Haftung des Cedenten für die Güte der cedirten Forderung 363

Liegenschaftsgesetz; Bezeichnung des Vertragsgegenstandes 372

Liegenschaftsgesetz; Bezeichnung des Kaufpreises . . 374

Liegenschaftsgesetz; Bezeichnung der Vertragschließenden in der Vertragsurkunde 375

Liegenschaftsgesetz; Unterzeichnung der Vertragsurkunde durch einen Bevollmächtigten 376

Die Formvorschriften für die Intercession von Frauenspersonen greifen auch Platz, wenn diese für ihre Interzession bezahlt worden sind 377

Zur Frage, ob Hauskinder Ersatz für Wart und Pflege der Eltern beanspruchen können 379

Aestimatorische Injurienklage wegen leichtsinniger Denunciation bei der Obrigkeit 380

Recht des außerehelichen Vaters zur persönlichen Verpflegung und Erziehung des Kindes 382

Von den Folgen der Nichtbeobachtung der bei successorischen Eheverträgen vorgeschriebenen Förmlichkeiten 385

Die Privationsstrafe erstreckt sich nicht auf eine Pension des schuldigen Theils 387

Die Pflicht des Ehemannes zur Alimentation der von ihm faktisch getrennten Ehefrau 391

Die Kollation veräußerter Liegenschaft 402

Seite

B. Handelsrecht.

Fixgeschäft; Voraussetzungen der Schadenersatzklage statt Erfüllung; Berechnung des Schadens; maßgebender Börsenpreis 170

Fixgeschäft; Schadenersatzklage wegen Nichterfüllung 173

Borgfrist für eine Handelsschuld, bis der Schuldner nach seiner eigenen moralischen Ueberzeugung in der Lage sein werde, bezahlen zu können . . . 178

C. Wechselrecht.

Bezeichnung der Verfallzeit eines Wechsels . . . 181

Mangelhafte Beschaffenheit der Wechselabschrift in der Protesturkunde; Luzerner Recht 405

Entschädigungspflicht des böslichen oder grob[1] fahrlässigen Erwerbers eines abhanden gekommenen Wechsels 407

Regreß des Wechselinhabers Mangels Zahlung; Natur der in dem Regreßanspruch begriffenen Zinse . . . 409

D. Prozeß.

Die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache bei obligatorischen Ansprüchen 183

Mittheilungen aus der Rechtsprechung des K. Geheimenrathes in Administrativjustizsachen. Von Dr. Sarwey 229

Die Zulassung eines hiezu an sich nicht befähigten Kandidaten zu einem Gemeindedienste im Wege der Dispensation ist nicht Gegenstand der Verwaltungsrechtspflege 229

Der K. Geheimerath ist oberste Verwaltungsjustizbehörde, keine den Ministerien vorgesetzte Dienstbehörde. Anträge auf Dienstentlassung im Wege des §. 47 der Verf.-Urk. können nur von den vorgesetzten Dienstbehörden gestellt werden. Die verfassungsmäßige Begutachtung des K. Geheimenrathes setzt den Antrag einer Dienstbehörde voraus . . . 230

Zurückweisung einer Beschwerde wegen Nichtzulassung zur zweiten höheren Dienstprüfung im Departement des Innern im Wege der Dispensation 231

Beschwerden an den K. Geheimenrath wegen Nichtertheilung der Dispensation von der Minderjährigkeit sind unstatthaft 231

Beschwerden an den K. Geheimenrath wegen Verweigerung der Lotterie-Erlaubniß sind unstatthaft 232

Seite

Zurückweisung der Beschwerde gegen eine Ministerialverfügung, welche die Betretung des Civilrechtsweges offen gelassen hat 232

Zurückweisung der Beschwerde gegen eine Ministerialverfügung, welche die Betretung des Civilrechtsweges offen gelassen hat 233

Abweisung eines Antrages auf die Erläuterung einer Vorschrift des Kriegsdienstgesetzes vom 12. März 1868 in ihrer Anwendung auf Staatsdiener. Die dem K. Geheimenrath durch §. 60, Z. 1 der Verf.-Urk. zugewiesene Amtsgewalt ist auf die Rechtsprechung im einzelnen Falle beschränkt 234

Der K. Geheimerath urtheilt nur über Beschwerden gegen Verfügungen der Ministerien 235

Zurückweisung der Beschwerde eines Gewerbekonkurrenten gegen die Uebertragung eines Gemeindeamtes an einen Gewerbegenossen 235

Abweisung der Beschwerde gegen eine Ministerialverfügung, durch welche von Aufsichtswegen ein die Umlage des Defizits der Stiftungspflege auf die Kirchspielsgenossen verfügender Stiftungsrathsbeschluß für zulässig erklärt wurde 237

Zurückweisung der Beschwerde gegen eine auf Eintheilung eines Waldes in einen Gemeindeverband gerichtete, als Verwaltungsmaßregel bezeichnete Ministerialverfügung 240

Zulässigkeit einer Beschwerde an den K. Geheimenrath wegen Verweigerung der Ausstellung des nach Art. 52 der Gewerbeordnung vom 12. Febr. 1862 zum Betrieb der in Art. 51 genannten Gewerbe außerhalb des Niederlassungsortes erforderlichen persönlichen Ausweises 242

Zum Begriff des Hausirhandels nach Art. 50 u. f. der Gewerbeordnung vom 12. Febr. 1862. Einspruchs- und Beschwerderecht ansässiger Gewerbetreibenden gegen Zulassung eines Ausländers zum Hausirhandel 244

Kann die Einsprache der Nachbarn gegen die Errichtung einer Fabrik an einer bestimmten Baustelle wegen Gefährdung und Entwerthung ihres Eigenthums im Wege der Beschwerde an den K. Geheimenrath gebracht werden? Materielle Voraussetzungen

Seite

der Einsprache. Zum Begriff der Verwaltungsstreitsache im Sinne des Art. 1, Abs. 1 des Gesetzes vom 13. Novbr. 1855, betr. die Rechtsmittel in Verwaltungsjustizsachen. Sportelansatz in Administrativjustizsachen 246

Kann der Eigenthümer in der Befugniß, durch Graben auf seinem Grund und Boden sich die Nutzung einer Wasserquelle zu verschaffen, durch baupolizeiliche Verfügungen beschränkt werden? Unzuständigkeit des zum Schutze dieser Eigenthumsbefugnisse gegen polizeil. Beschränkungen angerufenen Civilrichters 251

Auch kleinere Bäche mit dauerndem Wasserlauf sind öffentliches Wasser, sofern nicht ein Privateigenthum an denselben nachgewiesen wird 262

Ein Vertrag über Nutzungsrechte an öffentlichem Wasser begründet im Falle eines Streites hierüber keine Zuständigkeit des Civilrichters 264

Entscheidung des K. Geheimenrathes vom 5. Nov. 1870 über die Beschwerde des Mitgliedes einer ritterschaftlichen Familie wegen Nichteintragung derselben in das Verzeichniß der in Württemberg begüterten ritterschaftlichen Familien. Diese Eintragung setzt voraus, daß das Haupt der Familie, welcher das in Württemberg belegene Rittergut gehört, württembergischer Staatsbürger ist. Eine auf die Eintragung in die Matrikel bezügliche Verfügung des Ministeriums des Innern ist nicht unabänderlich, wohl aber Gegenstand der Beschwerdeführung bei dem K. Geheimenrathe, wenn der Rekurrent behauptet, hiedurch in einem Rechte verletzt zu sein 267

Das Beschwerderecht der in Art. 15 des Gesetzes vom 26. März 1862 über Feldwege, Trepp- und Ueberfahrtsrechte genannten mittelbaren Interessenten. Beschränkung des Art. 18, Abs. 2 und 3 des genannten Gesetzes auf die Markung außerhalb Etters. Bei Expropriationen für Korporationszwecke setzt die Entscheidung des Geheimenrathes über die Nothwendigkeit der Enteignung die Zustimmung der Kreisregierung zu dem Antrag der Gemeindebehörde voraus 270

Die Rückforderung angeblich wegen zu hohen Katasteranschlags zu viel bezahlter Gemeindeumlagen ist unzulässig. Die Reklamation gegen eine aner-

Seite

kannte Schätzung berechtigt vor ergangener Abänderung der Katasteranlage nicht zu einer Retention der Steuer in dem bisherigen Betrag 272

Die Rückforderung angeblich ohne Rechtsgrund bezahlter Gemeindeumlagen ist in der Regel nicht zulässig. Sie ist statthaft, soweit fremdartige Ausgaben in den Gemeinde-Etat und die Gemeindeschadensumlage aufgenommen sind 273

Die Nachforderung (Nachholung) der nicht erhobenen Amts- und Gemeindeschadensumlage von einem steuerpflichtigen Grundstück oder Gebäude setzt die Katastrirung des Steuerobjektes und den damit erfolgten Eintritt in den Amts- und Gemeindeverband oder doch die Einleitung hiezu voraus . . . 276

Das Recht der Steuererhebung von Grund und Boden ergreift auch die auf demselben errichteten Gebäude und setzt die Katastrirung des Steuerobjektes oder doch die Einleitung hiezu voraus . . 278

Die Beiziehung des Kapitaleinkommens erledigter evangelischer Pfarreien zur Kapitaleinkommenssteuer 280

Die Beiziehung der Ablösungsgelder für kirchliche Zwecke zur Kapitaleinkommenssteuer 284

Die Beiziehung eines Konsumvereines zur Gewerbesteuer 286

Die Beiziehung der Dividenden aus den Monatseinlagen der Mitglieder einer Gewerbebank zur Kapitaleinkommenssteuer 288

Sind Photographen einkommens- oder gewerbesteuerpflichtig? 292

Die Auslegung des Art. 1, Z. III. des Gesetzes vom 19. Sept. 1852, betr. die Steuer von Kapital-, Renten-, Dienst- und Berufseinkommen 296

Im Falle eines Tauschvertrages über Grundstücke unterliegt der als Aufgeld zu bezahlende Mehrwerth eines Tauschobjektes der Liegenschaftsaccise. Auslegung des Art. 4, Z. 2 des Gesetzes vom 18. Sept. 1852, betr. die Liegenschaftsaccise 298

Unzulässigkeit der Erhebung irgend einer Abgabe, auch eines sog. Einkaufsgeldes von ortsfremden Frauen, welche durch Heirath das Ortsbürgerrecht erwerben, für die Theilnahme an den bürgerlichen Nutzungen 301

Die Vertretung der Kirchengemeinde in ihren vermögensrechtlichen Angelegenheiten durch den Stiftungsrath, insbes. Beschlußfassung desselben über die Art der Umlage des Defizits der Stiftungspflege auf die Parochianen 304

Das Verhältniß der §§. 36 und 60 der Verfassungsurkunde von 1819 309

Abweisung der Beschwerde eines Stadtrathes gegen die Erlaubniß der Erbauung einer Zündholzfabrik in der Nähe der Stadt 311

Verweigerung der Erlaubniß zu Errichtung einer Seifensiederwerkstätte 312

Zur Auslegung des Art. 5 des Jagdgesetzes vom 27. Okt. 1855. Beschwerden wegen Zuschlags des Jagdpachtes unter Ausschluß des Meistbietenden fallen nicht unter Abs. 1 des Art. 1 des Ges. vom 13. Nov. 1855, betr. die Rechtsmittel in Verwaltungssachen. Die Befugnisse der Staatsaufsichtsbehörde gegenüber den Gemeindebehörden bei Verleihung der Jagd 312

Zur Frage über die Vertretung der Kirchengemeinden in Württemberg. Von Dr. Sarwey 412

Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

1) Die Prozesse über die sogenannten Almosenbeiträge des Staates.

Von Staatsrath Dr. v. Sarwey.

Die sogenannten Almosenbeiträge, welche der Staat an zahlreiche einzelne Gemeinden des Landes früher abgereicht hat, sind schon mehrmals Gegenstand öffentlicher Erörterungen in der Kammer der Abgeordneten geworden. Ebenso haben sich sowohl die Gerichte als die Verwaltungsbehörden in zahlreichen Prozessen mit denselben zu beschäftigen gehabt. Diese über einzelne derartige Ansprüche gepflogenen gerichtlichen und administrativ-gerichtlichen Verhandlungen haben nicht nur ein allgemeines Interesse, sie bieten auch bemerkenswerthe Gesichtspunkte sowohl über die Frage der Zuständigkeit der Gerichte und der Verwaltungs-Justizbehörden, als über einzelne Fragen des materiellen Rechtes. Eine Darstellung dieser Verhandlungen in dem Archiv wird daher einer besonderen Rechtfertigung nicht bedürfen.

Bis zum Jahre 1853 wurden an eine größere Anzahl von württembergischen Gemeinden von der Staatsfinanzverwaltung sehr beträchtliche Beiträge zu Unterstützung der

Armen abgereicht. Unter denselben befanden sich zahlreiche Leistungen, welche auf nachgewiesenen Stiftungen, namentlich der früheren Landesherrn und auf sonstigen besonderen Rechtstiteln beruhten. Bei einer großen Zahl derselben ließen sich jedoch solche besondere Rechtstitel nicht nachweisen. Veranlaßt durch die in Folge der Ablösungsgesetze von 1848 und 1849, sowie durch das Gesetz vom 18. Juni 1849, betreffend die Ausdehnung des Gemeindeverbandes auf alle Theile des Staatsgebietes, eingeführten Aenderungen ordnete das Finanzministerium eine Ausscheidung derjenigen Almosen an, welche auf nachweisbaren besonderen Rechtstiteln, Stiftungen u. s. f. beruhten. Bezüglich der übrigen nahm das Finanzministerium auf Grund der angestellten Untersuchungen an, daß dieselben jederzeit widerruflich seien und verfügte deren Einziehung unter Berufung darauf, daß in Folge der schon erwähnten Gesetzgebung von 1848 und 1849 die Einnahmen des Staates von dem Vermögen des evangelischen Kirchengutes sich vermindert haben und daß die bis dahin von der Gemeindesteuer befreit gewesenen Staatsgüter nunmehr derselben unterworfen seien, der Staat mithin fortan in seiner Eigenschaft als steuerpflichtiger Grund- und Gewerbebesitzer zu der der Gemeinde obliegenden Armenlast beizutragen habe. Der Werth der sämmtlichen hiernach eingezogenen bisher den Gemeinden zugeflossenen jährlichen Beiträge wurde nach einer Zusammenstellung vom Jahre 1836 auf ca. 18,000 fl. geschätzt. Ueber die Entstehung dieser als widerruflich bezeichneten Almosen wurde nach den Akten des Finanzministeriums Folgendes ermittelt:

1) bei allen durch die Reformation aufgehobenen altwürttembergischen Klöstern erhielten die zu dem Gebiete jener Klöster gehörigen Gemeinden statt der von den Einwohnern dieser Orte zuvor aus dem Kloster bezogenen Almosen in Speisen und Naturalien gewisse Quantitäten an Früchten, Geld oder theilweise auch Brod. Der vormalige herzogliche Kirchenrath hat als Verwaltungsbehörde

des Kirchengutes im Jahre 1785 allgemeine Weisungen an sämmtliche kirchenräthliche Verwaltungen wegen dieser Abgaben erlassen und überall ausgesprochen, daß die Beiträge nur bis auf weitere Verordnung verwilligt seien.

2) Außer den altwürttembergischen Klosterorten erhielten auch eine Anzahl von Aemtern Altwürttembergs für ihren ganzen Bezirk durch das Kirchenrathsdekret vom 20. Mai 1785 und spätere besondere Entschließungen gewisse Fruchtquantitäten und Geldbeträge ebenfalls „bis auf weitere Verordnung" dafür, daß zuvor die einzelnen kirchenräthlichen Beamten für Rechnung ihrer Amtskassen Almosen an einzelne Armen auf deren besondere Bitten vertheilten. Der Zweck dieser Verfügung war die Abbestellung dieser auf eine übermäßige Zahl angewachsener Bittgesuche oder Betteleien.

3) Es kommen auch einige Beiträge an neuwürttembergische Orte vor, welche theils von den aufgehobenen Klöstern Weingarten, Schussenried, Urspring, dem Stifte Oehringen, theils von dem Deutschorden und einigen vormals österreichischen Beamtungen herrühren und von der gleichen rechtlichen Beschaffenheit sind, wie die in den altwürttembergischen Orten bestandenen Beiträge.

4) Besondere Verhältnisse bestanden gegenüber der Stadt Stuttgart, auf welche hier näher einzugehen jedoch kein Grund vorliegt.

Es war vorauszusehen, daß der Einzug dieser in den meisten Fällen seit dem Jahre 1785 bis zum Jahre 1853 alljährlich aus der Staatskasse geleisteten Zuschüsse zu den Einnahmen der betreffenden Gemeinden dem Widerspruch derselben begegnen werde und es hat auch sofort eine Anzahl derselben gegen die Staats-Finanzverwaltung gerichtliche Klage auf Fortreichung dieser Beiträge erhoben.

Die eingereichten Klagen hatten einen verschiedenen Erfolg. Bis zum Jahre 1857 war von keiner Seite, weder von Seiten der Kläger, noch von Seiten der beklagten Staats-Finanzverwaltung und ebensowenig von den

Gerichten I. und II. Instanz die Zuständigkeit der Civilgerichte zur Verhandlung und Entscheidung der anhängig gemachten Klagen irgendwie beanstandet worden. In der Sache selbst waren verschiedene Entscheidungen der Oberamtsgerichte und Gerichtshöfe bis zum Jahre 1857 ergangen. Der Stiftungsrath von Murrhardt, von Steinheim und die Amtskorporation Stuttgart waren durch gerichtliche Entscheidungen in I. und II. Instanz mit ihren Ansprüchen abgewiesen. Der Stiftungsrath in Lorch hatte günstige Erkenntnisse des Oberamtsgerichtes Welzheim vom 5. Januar 1855 und des Gerichtshofs für den Jaxtkreis vom 22. März 1856 erlangt, wogegen von Seiten der Finanzverwaltung die Oberappellation angemeldet und ausgeführt wurde. Eine ganz neue prozessualische Richtung erhielten nun aber diese Streitigkeiten durch die erste von dem Civilsenate des Königl. Obertribunals auf die Klage des Stiftungsrathes in Murrhardt ergangene Entscheidung vom 15. Dezember 1857, durch welche dieses höchste Gericht die Unzuständigkeit der Civilgerichte aussprach und demgemäß die in dieser Sache ergangenen Erkenntnisse der ersten und zweiten Instanz aufhob. Dieselbe Entscheidung erging in der Rechtssache des Stiftungsrathes in Steinheim unter dem 28. April 1858 und in der Rechtssache des Stiftungsrathes in Lorch unter dem 23. April 1858.

Es war die selbstverständliche Folge dieser Entscheidungen des Königlichen Obertribunals, daß nunmehr ähnliche Klagen bei dem Civilrichter nicht mehr angebracht und die angebrachten Klagen von dem Gerichte, bei welchem sie anhängig waren, wegen Unzuständigkeit der Civilgerichte abgewiesen wurden. Dieß geschah durch Erkenntniß des Gerichtshofs in Tübingen vom 23. April 1858 bezüglich der Klagen von mehreren Gemeinden des Oberamtes Tübingen, durch Erkenntniß des Gerichtshofes in Ellwangen vom 10. September 1858 bezüglich der Klage des Stiftungsrathes in Heidenheim; ebenso wurde eine Klage des Stiftungsrathes in Stuttgart von dem

Oberamtsgerichte Stuttgart wegen Unzuständigkeit des Civilrichters abgewiesen.

Die Gründe für diese Unzuständigkeitserklärungen ergeben sich aus folgenden Auszügen aus den Entscheidungsgründen des Obertribunals in den oben bezeichneten drei Rechtssachen:

1) Auszug aus den Gründen zu dem Erkenntniß vom $\frac{\text{15. Dezember 1857}}{\text{26. Februar 1858}}$ in der Rechtssache der Stiftungspflege Murrhard.

I. Die Klägerin gründet ihren Anspruch auf Fortreichung der seit geraumer Zeit von der Finanzverwaltung (beziehungsweise von der Verwaltung des evangelischen Kirchengutes) bezogenen, vom 1. Juli 1853 an aber verweigerten jährlichen Fruchtabgabe von 10 Schffl. Roggen, 30 Schffl. Dinkel und 20 Schffl. Einkorn auf den Rechtstitel einer Stiftung für fromme Zwecke, welche schon damals eingeführt worden sei, als das Kloster Murrhardt noch bestanden habe und welche als eine dingliche, auf den vormaligen Klostergütern haftende Last an den Staat übergegangen sei, als diese Güter dem Herzogthum Württemberg einverleibt worden seien, „sowie auf" unvordenklichen Besitz, also auf erwerbende Verjährung.

II. Ehe zu Würdigung des für diese Behauptungen unternommenen Beweises übergegangen wird, sind einige allgemeine geschichtliche Bemerkungen voranzuschicken.

In den älteren Zeiten der christlichen Kirche (seit dem 5. Jahrhundert) galt der ausgesprochene Grundsatz, daß ein bestimmter (der vierte) Theil des kirchlichen Vermögens der Armenpflege zu widmen sei. [1]

Jene besondere Ausscheidung eines Theils des Kirchen-

[1] Eichhorn, Grundsätze des Kirchenrechtes, Bd. II, S. 652 f. Richter, Lehrbuch des Kirchenrechtes, §. 292, S. 602.

vermögens kam zwar, namentlich in Folge der durch die Bischöfe wirksam geförderten Ansammlung der Kirchengüter und der Zehnten in den Händen der Klöster mit der Zeit in Abgang, da die Klöster ohnehin die allgemeine Bestimmung zu werkthätiger Ausübung der christlichen Liebe hatten. [2]

Der Grundsatz der kanonischen Pflicht zur Armenunterstützung blieb aber dessen ungeachtet in seiner vollen Bedeutung bestehen und die sogenannten fundirten, d. h. diejenigen Klöster, welche vermöge ihrer Ordensregel Vermögen zu erwerben und zu besitzen befugt waren, betrachteten auch die Fürsorge für die Armen als eine ihrer wesentlichsten Obliegenheiten. [3] Daß nun mit der Aufhebung der Klöster jene Liberalität in Schaffung und Versorgung der Armen nicht fortgedauert, wohl aber schon die Verwaltung des Kirchengutes und noch mehr die Staatsfinanzverwaltung jede irgend mögliche Ersparniß habe eintreten lassen und in der Regel nur da gegeben habe, wo lagerbüchlich die Gabe nicht habe verweigert werden können, ist eine Annahme der klägerischen Partei, welche nicht nur jeden positiven Belegs ermangelt, sondern auch mit den Maximen über die Verwendung des Kirchengutes in entschiedenem Widerspruch steht.

Schon in dem Gutachten, welches Herzog Ulrich im Jahre 1535, als er das Werk der Reformation begann, sich von einigen auswärtigen Theologen zu seiner Gewissensberuhigung hatte ausstellen lassen, war es als leitender Grundsatz hinsichtlich der Verwendung des einzuziehenden katholischen Kirchengutes vorangestellt worden, daß solches zunächst zur Erhaltung von Kirchen und Schulen, zu Besoldung der dabei angestellten Diener und

---

[2] Richter, l. c., §. 295, S. 609; Eichhorn, l. c., S. 656.

[3] Vergl. z. B. Cleß, württembergische Landes- und Kulturgeschichte, Bd. II, S. 443.

zu Unterstützung der Armen zu verwenden sei.[4] Diesem Grundsatze entsprechen dann auch die unter seiner Regierung getroffenen allgemeinen Anordnungen.

Gleichzeitig mit der Reformation der Kirche in Württemberg wurde, nachdem schon zuvor im Zusammenhang mit der Entwickelung der Gemeindeverfassung über das Armenwesen allgemeine polizeiliche Anordnungen zu treffen der Anfang gemacht worden war,[5] im Jahre 1536 für jeden Ort eine besondere Verwaltung (Armenkasten, gemeiner Kasten für die Armen, mit eigens bestellten Kastenmeistern, Kastenpflegern, unter einer Lokalverwaltungsbehörde und Oberaufsicht des Kirchenrathes) angeordnet, unter deren beständigem gewissem Einkommen im Gegensatze zu ungewissen, zufälligen Einnahmen, als Kollekten 2c. 2c. — ein Theil des einzuziehenden örtlichen Kirchenvermögens, sodann „was von der Herrschaft, Städt und Dörfern dem gemeinen Almosen zu Gut zuwegen möge gebracht werden," aufgeführt und als deren Zweck bezeichnet wurde, daß „was man über der kirchen und schulen Diener Besoldung, ach des Kirchenbawes erhaltung erübrigen möge, alles den armen zu steur kommen solle."[6] In Uebereinstimmung hiemit heißt es in einem herzoglichen Befehl zum Einzug der Einkünfte der vacirenden Kaplaneien und Frühmessen in die örtlichen Armenkasten, dieselben sollen zu Erhaltung der Kirchendiener, Schulen, Stipendiaten und armen Leuth bestimmt sein.[7] In der großen

---

[4] Reyscher's Sammlung der württembergischen Gesetze, Bd. I, S. 310, Bd. IX, S. 101; Sattler, württembergische Geschichte unter den Herzogen, Thl. III, Bl. 34, S. 151.

[5] Zu vergl. die Ordnung, wie die Armen unterstützt werden sollen, vom 27. März 1531.

[6] Erste Kirchenordnung, abgedruckt in der (vierten) Landesordnung Herzog Ulrichs vom 1. Juni 1536; Reyscher, l. c., Bd. XII, S. 101, 123 f.

[7] Mandat vom 28. Nov. 1548, bei Reyscher, l. c., Bd. VIII, S. 95.

Kirchen-Ordnung Herzog Christophs von 1559, welche fortan die bleibende Norm für die Verwaltung des Kirchengutes bildete, und wiederholt in Landtagsabschieden, beziehungsweise in herzoglichen Testamenten, wie namentlich in dem Landtagsabschiede von 1565 bekräftiget wurde, wird als wesentliche Zweckbestimmung des Kirchenvermögens, neben der Verwendung für den Gottesdienst und Jugendunterricht bezeichnet, daß es „zu handtreichung und steur der Armen" verwendet, — oder an einer anderen Stelle, daß „darneben den Armen, nach Gelegenheit handtreichung und hilff beschehe."[8] Zwar finden sich in der gedachten Kirchenordnung die Mannsklöster noch nicht als integrirende Bestandtheile des allgemeinen Kirchenkastens mit dem allgemeinen Kirchenvermögen zusammengeworfen, indem ihnen anfänglich, ohne Zweifel in Rücksicht auf die besondere landesgrundgesetzliche Stellung des Prälatenstandes und die landständische Vertretung der Kloster-Hintersaßen durch denselben, eine eigene Kloster-Oekonomie unter Leitung der Klosteräbte oder Prälaten, übrigens unter Beigebung landesherrlicher Verwaltungsbeamten, belassen wurde; nichts desto weniger erstreckte sich die Reformation gleichmäßig auch auf diese Institute, und von den Einkünften, deren Verwaltung der Kirchenrath als Aufsichtsbehörde leitete, war dasjenige, was nach Abzug des im Orte selbst Aufzuwendenden erübrigte (das sogenannte Depositum) an die allgemeine Kirchenkasse abzuliefern; und schon in den Landtagsabschieden vom 19. Juni 1565 und 19. Jänner 1566, beziehungsweise in den zum Gegenstande landständischer Verabschiedung gemachten Testamenten der Herzoge Christoph und Ludwig werden die Einkünfte der Mannsklöster oder Prälaturen gleich dem übrigen eingezogenen Kirchenvermögen ausdrücklich als unter die Bestimmungen der Kirchen-Ordnung gestellt bezeichnet, namentlich ist in dem Testamente Herzog Ludwigs

[8] Reyscher, l. c., Bd. VIII, S. 113, 210, 211.

hervorgehoben, daß solche nach Maßgabe der Kirchenordnung „zur Beförderung der Ehre Gottes und Trost der Armen Nuzlich zu gebrauchen seien.“ [9] Um die Mitte des 17. Jahrhunderts hörte dann auch jeder Unterschied in der Form der Verwaltung und Verrechnung zwischen den Klostergütern und dem übrigen Kirchengute auf. [10] Wie man auch nach der Reformation die Almosenspenden vorzugsweise als in der natürlichen Zweckbestimmung des von den Klöstern herrührenden Vermögens, seiner früheren Verwendung gemäß, gelegen, ansah, erhellt z. B. aus einem unterm 18. November 1570 von der Synode zu Stuttgart, unter welcher sich mehrere Klosteräbte befanden, während der Minderjährigkeit des Herzogs Ludwig an die Vormundschaft gerichteten Anbringen.

Aus Anlaß einer damals eingetretenen Theuerung wurde nämlich der Antrag gestellt: „weil vermög heiliger Schrift und aller geschriebener Rechten die Armen deß geistlichen Einkommens auch fähig und jnen zu jhrer nothwendigen underhaltung auch ein Theil davon gebüre, were aus den Klöstern reichlicher Allmussen als bißher, so lang diese tewrung wehre, zu reichen und den Aebten, auch Verwaltern und Klosteramtleuten ꝛc. Bevelch zu geben.“ „Es sei dabei zu bedenkhen, daß von altersher nach geistlichen und weltlichen Konstitutionen vom Kirchengut den Armen der viert Theil gebüre, auch von underthanen gestift und an die Klöster und das geistlich Gut ergeben worden ꝛc.“ [11] So wurden in ähnlicher Weise bei einer späteren Theuerung von Herzog

---

[9] Reyscher, l. c., Bd. II, S. 141, 207, 126, 156, Bd. I, S. 310, Bd. IX, S. 100; Georgii, Erörterung der rechtlichen Natur des württembergischen Kirchengutes, S. 20—25.

[10] Georgii, l. c., S. 21; Reyscher, l. c., Bd. IX, S. 109; Gaupp, das Recht der württemb. evangelischen Kirche, Bd. II, Abth. II, S. 210.

[11] Sattler, Geschichte Württembergs unter den Herzogen, Thl. V, S. 16 und Anhang, Beil. Nr. 2, S. 7.

Johann Friedrich in einem Mandat vom 20. Dezember 1614 außerordentliche Fruchtzuschüsse aus den gemeinen Kirchenkästen an die Armenkästen des Landes, ungeachtet erstere bereits beinahe erschöpft seien, „eintweder lehnungsweiß oder umb Gotteswillen, nach Gestalt der Sachen," befohlen. [12]

Die unverbrüchliche Heilighaltung der Bestimmungen der Kirchenordnung über die Verwendung des Kirchengutes wurde dann auch gleichmässig in einer Reihe späterer Landtagsabschiede und Landesgrundgesetze, wie namentlich in dem Testamente Herzogs Eberhard III. von 1664, der Religionsreversalien vom 17. Dezember 1733, dem Erbvergleich vom 27. Februar 1770 ausgesprochen, [13] und endlich auch bei der Vereinigung des Kirchengutes mit der Verwaltung des Staatsgutes durch König Friedrich in dem Königl. Generalreskripte vom 2. Jänner 1806 die feierliche Zusicherung ertheilt, alle auf der bisher unter der Benennung des geistlichen Gutes laufenden Fundation haftenden Schulden und Obliegenheiten, insofern solche kirchliche, Lehr-, Schul- und andere gemeinnützige Armen-Anstalten betreffen, auf das genaueste und pünktlichste für Sich und Seine Thronfolger zu übernehmen. [14] Aus dem Angeführten ergibt sich, daß die kanonischen Grundsätze über Armenunterstützung aus den Kirchen- und vorzugsweise aus den Klostergütern in die Verwaltungsmaximen des württembergischen Kirchengutes übergingen, und erklärt es sich hieraus, zumal in Verbindung mit der anfänglichen Absonderung der Oekonomie-Verwaltungen der einzelnen Klöster vollkommen, wenn herkömmliche örtliche Almosenspenden der nunmehrigen Verwaltung zum Vorgang dienten und solche in der bisherigen oder einer analogen Weise

---

[12] Reyscher, l. c., Bd. XII, S. 639.

[13] Reyscher, Landesgrundgesetze, Bd. II, S. 405, 465, 566 ff.

[14] Reg.-Bl. von 1806, S. 4.

fortgereicht wurden, und ihre Gestaltung zu gleichförmigen jährlichen Aversalreichnissen, woferne dieß nicht schon auf den älteren Kloster-Etats beruhte, sowie deren Ueberweisung an die örtlichen, seit dem Jahre 1536 organisirten Armenpflege-Verwaltungen, zur Vermittelung der Unterausttheilungen an die Bedürftigen, steht in natürlichem Zusammenhang mit der Einrichtung dieser örtlichen Armenpflegen, beziehungsweise mit dem schon frühe eingetretenen Aufhören der besonderen sogenannten Klosterhaushaltungen.

So kam es denn, daß in dem Ausgaben-Etat des Kirchengutes die Rubrik der ständigen und unständigen Almosen und Gratialien einen sehr bedeutenden Posten bildete, [15] und daß bis auf die neueste Zeit jene Beihilfe der Klöster und kirchlichen Institute in der Form von ständigen Almosen-Beiträgen an verschiedene örtliche Armenpflegen sich erhalten hat. [16]

III. Der klägerischen Behauptung nun, daß die in Frage stehenden Reichnisse an Früchten auf einer privatrechtlichen Stiftung beruhen, fehlt es schon, wie bereits von dem vorigen Richter hervorgehoben wurde, an jeder näheren thatsächlichen Begründung über die Art und Weise des Zustandekommens einer derartigen Stiftung. (Die hier folgende Ausführung der Gründe bietet kein allgemeines Interesse).

IV. Wenn aber auch die fraglichen Fruchtunterstützungen nicht, wie nach dem Bisherigen anzunehmen, einfach auf den Prinzipien der Kirchenordnung, sondern auf der Fixirung einer bestimmten Fruchtspende von den katholischen Zeiten des Klosters Murrhardt her und deren

---

[15] Vergl. den Vortrag des Ministers des Innern in der Sitzung der Kammer der Abgeordneten vom 25. März 1830, Kammerverhandlungen von 1830, H. V, S. 1204, Lit. f.

[16] Vergl. Mayer, die württembergische Gemeindewirthschaft, §. 160, S. 180, und die Rubrik der Almosenbeiträge an Korporationen in den Finanz-Etats.

Beibehaltung beruhen sollten, so erscheint es als eine unrichtige Voraussetzung der Klägerin, daß die Verbindlichkeit zu deren Fortreichung auf den Rechtsnachfolger in den Klostergütern, nach den Grundsätzen der privatrechtlichen Universalrechtsnachfolge, übergegangen sei.

Denn die von den Regenten Württembergs in Folge der Reformation vorgenommene Einziehung des Vermögens der aufgehobenen Klöster und Stifter, sowie der Kirchenpfründen und die Vereinigung dieser Vermögensfonds zu einem allgemeinen evangelischen Kirchengute beruhte auf der staatshoheitlichen und der damit verbundenen Episkopalgewalt des Landesherrn, und fällt somit der Sphäre des öffentlichen Rechtes anheim, sowie auch die Bestimmungen, welche hinsichtlich der Verwendung dieses allgemeinen Kirchengutes getroffen wurden, dem öffentlichen Rechte angehören. Es ist somit das aus jener Einverleibung des Vermögens der Klöster und aus der Rechtsnachfolge in dasselbe hervorgegangene Rechtsverhältniß bezüglich der für Kirchen-, Schulen- und Armenzwecke zu erhebenden Ansprüche kein privatrechtliches, aus welchem sich privatrechtliche Ansprüche ableiten ließen; vielmehr können nur diejenigen Ansprüche an das Kirchengut gemacht werden, welche sich aus den öffentlich-rechtlichen Bestimmungen über die Verwendung desselben ableiten lassen, wovon um so unbedenklicher auszugehen ist, als nach den Grundsätzen der Kirchenordnung von 1536 das örtliche Stiftungsvermögen den örtlichen Armen- und Heiligenverwaltungen zugewiesen werden sollte, das Kirchengut aber lediglich unter die bezüglich desselben erlassenen öffentlich-rechtlichen Bestimmungen gestellt worden ist.

V. Hiernach bedarf Dasjenige, was klägerischerseits über neuere Anerkenntnisse des privatrechtlichen Charakters der fraglichen Leistungen von Seiten der Finanzverwaltung geltend gemacht wurde, nur noch weniger Bemerkungen.

Es verhält sich mit den Thatumständen, welche für das Zugeständniß einer privatrechtlichen Verpflichtung Seitens der Beklagten angeführt wurden, ähnlich wie mit

dem Imperativ des rothen Buches, „es sollen“ gewisse Almosenbeiträge gereicht werden, woraus die Existenz einer privatrechtlichen Stiftung abgeleitet werden wollte.

Hinsichtlich der Aufnahme der Almosenbeiträge für Korporationen in die Finanz-Etats, der gutächtlichen Darlegungen der Referenten der ständischen Finanzkommissionen: „Diese Ausgaben ruhen auf rechtlichen Verbindlichkeiten und hängen nicht von der Verwaltung ab“ ꝛc., sowie hinsichtlich der Bestrebungen der Finanzverwaltung, die jährlichen Naturalleistungen abzulösen, woraus die Klägerin das Vorhandensein einer opinio necessitatis ableitet, greift die Klägerin nur wiederum als Grundlage für ihre Schlußfolgerungen den abstrakten Begriff einer Verbindlichkeit hiebei auf, während es an der konkreten Rechtsform gebricht, mittelst welcher die Verbindlichkeit sich zu einer privatrechtlichen verkörpern würde. Nirgends ist ein zureichender Grund dafür nachgewiesen worden, ob die Verwaltungsbehörde von einer privatrechtlichen oder einer öffentlich rechtlichen Verpflichtung und von Gründen des öffentlichen Interesses im Allgemeinen ausgegangen sei.

Ohnedieß würden die Rubricirungen der Staatsausgaben nach gewissen übersichtlichen Kategorien nur ein unsicheres Kriterium dafür abgeben, von welchen Ansichten man bei dieser Zusammenstellung hinsichtlich der speziellen rechtlichen Natur der einzelnen Ausgabeposten ausgegangen sei; auch haben die Referenten der Finanz-Kommissionen, indem sie nur von rechtlichen Verbindlichkeiten im Allgemeinen redeten, wohl nicht ohne Absicht es vermieden, solche als privatrechtliche zu bezeichnen. Ueberhaupt aber ist von dem vorigen Richter mit Recht bemerkt worden, daß der Verabschiedung des Finanz-Etats der Charakter eines Geständnisses nicht beigemessen werden könnte.

In dem vorgelegten Erlasse der Königl. Finanzkammer vom 29. Dezember 1842 sind zudem die fraglichen Almosenfrüchte als wiederrufliche bezeichnet und wird darin das öffentliche Interesse der Armenfürsorge

im Allgemeinen und die Bedürftigkeit der betreffenden Korporationen als wesentlich leitendes Motiv für die beabsichtigte Ablösung hervorgehoben.

Endlich könnten auch dergleichen auf einem Urtheil beruhende Anerkenntnisse für sich, ohne das Hinzukommen einer förmlichen Uebereinkunft einen Entstehungsgrund für privatrechtliche Verbindlichkeiten nicht abgeben.

VI. Was schließlich den von der Klägerin für das Bestehen eines Privatrechtes geltend gemachten Rechtstitel der unvordenklichen Verjährung betrifft, so ist derselbe in einem Falle, wo die betreffende Leistung eben so wohl einem privatrechtlichen als einem öffentlich-rechtlichen Grunde ihre Entstehung verdanken kann, nicht geeignet, die Entscheidung für die eine oder andere Annahme an die Hand zu geben, [17] und ein dem Gebiete des öffentlichen Rechtes angehöriger Zustand, wie er nach dem bisher Ausgeführten hier ursprünglich vorausgesetzt werden muß, kann dadurch, daß er lange Zeit gedauert hat, nicht zu einem privatrechtlichen werden.

Indessen erstrecken sich die Kennzeichen der öffentlich-rechtlichen Natur des Verhältnisses noch bis in die neuere Zeit, wie denn die erwähnte Bezugnahme der Rechnung von 1801/2 auf das kirchenräthliche Dekret vom 20. Mai 1785, sowie die Fassung der Quittungen der Armenpflege von den Jahren 1802 bis 1819 über Empfang der Fruchtabgaben, worin dieselben als Gratialien bezeichnet werden, hierauf hinweist.

VII. Dem Ausgeführten zufolge gebricht es dem klägerischen Anspruch durchaus an einer privatrechtlichen Grundlage, und war daher die Klägerin mit der erhobenen Klage, beziehungsweise Appellationsbeschwerde wegen Unzuständigkeit des Civilrichters zurückzuweisen, wobei noch bemerkt wird, daß die Gerichte bei der sonach zu unter-

---

[17] v. Wächter, Handbuch des württembergischen Privatrechtes, Bd. II, S. 822, Note 2 a.

stellenden öffentlich-rechtlichen Natur der fraglichen Armenunterstützungen über die Materie der Sache überhaupt nicht, also nicht darüber, ob diese Unterstützungen widerruflich seien, sich auszusprechen in der Lage waren. Da letzteres nicht nur beziehungsweise in den Entscheidungsgründen der vorigen Richter geschehen ist, sondern namentlich die Fassung der Urtheile selbst auf eine materielle Abweisung der Klage lautet, wie denn auch die Gerichtssporteln nach dem für materielle Entscheidungen vorgeschriebenen Maßstabe angesetzt worden sind, so waren die vorigen Urtheile, als nicht zu Recht bestehend, in der Hauptsache sowohl als auch bezüglich des Sportelansatzes aufzuheben.

2) Auszug aus den Gründen zu dem Erkenntniß vom 28. April 1858 in der Rechtssache des Stiftungsrathes in Steinheim.

1) Der vorige Richter ging bei seiner Beurtheilung im Allgemeinen davon aus, daß die öffentlich-rechtliche Natur der in Frage stehenden Armenunterstützungen sich mit gleichem Rechte und mit gleicher, wo nicht mit größerer Wahrscheinlichkeit, als die privatrechtliche, unterstellen lasse, und faßte hiebei zunächst die politische Stellung des Ortes Steinheim dem dortigen Kloster gegenüber in's Auge, wonach das Kloster ursprünglich Inhaber der Herrschaft und des Dorfes Steinheim gewesen, und diese später theils als Reichsvogtei, theils als Lehen vom Reiche und als Afterlehen der Grafen von Hohenlohe besessen habe; es könne daher schon zu Klosterszeiten der Fall gewesen sein, daß das Kloster die Almosenfrüchte aus öffentlich-rechtlichen Gründen verwilligt und eingeführt hatte, insofern es für die Erhaltung der Armen zu Steinheim zu sorgen verbunden war. Jedenfalls trete diese Behandlung als öffentlich-rechtlicher Gegenstand und als Ausfluß der dem Herzog als Landesherrn obliegenden aushilflichen Fürsorge für die

Armen in der württembergischen Zeit des Klosters mit größerer Wahrscheinlichkeit hervor.

Indessen liegt ein bestimmter und sicherer Anhaltspunkt für die im Zweifel zu unterstellende rechtliche Natur der fraglichen Armenunterstützungen in der kanonischen Pflicht der Klöster zur Armenfürsorge und in der württembergischen Gesetzgebung über das evangelische Kirchengut, aus welchem nach der Reformation die fraglichen Almosenfrüchte an die Ortsarmenpflege zu Steinheim gereicht worden sind.

Mit Unrecht widerspricht die Klägerin W. Antin, daß das Kloster an sich zur Erhaltung der Armen verbunden gewesen wäre, indem sie die bekannten Bestimmungen des kanonischen Rechtes, wonach immer ein namhafter Theil des Kirchenvermögens und namentlich der Einkünfte der fundirten Klöster zur Armenunterstützung verwendet werden mußte, [18] übersieht. Diese kanonischen Grundsätze über die Zweckbestimmung der kirchlichen- und Kloster-Einkünfte wurden beibehalten, als in Folge der Reformation aus dem eingezogenen Vermögen der Kirchen, Klöster und Stifter das allgemeine evangelische Kirchengut gebildet wurde, und wurde in der großen Kirchenordnung des Herzogs Christoph von 1559 ausdrücklich verordnet, daß das Kirchengut außer für den Gottesdienst und Jugendunterricht „zu handtreichung und steur der Armen" zu verwenden sei, [19] was in Herzog Ludwigs Testament speziell mit in Absicht auf die Verwendung der Klostereinkünfte dahin ausgedrückt wird, daß solche „zur Beförderung der Ehre Gottes und Trost der Armen Nutzlich zu gebrauchen seien. [20] In Anwendung dieser Grundsätze fanden dann nicht nur fortwährend regelmäßige, sondern auch in Fällen

---

[18] Richter, Lehrbuch des Kirchenrechtes, §. 292, 295; Eichhorn, Grundsätze des Kirchenrechtes, Bd. II, S. 652, 656.

[19] Reyscher, Gesetzes-Sammlung, Bd. VIII, S. 113, 270, 271.

[20] Reyscher, Staats-Grundgesetze, Bd. II, S. 207.

der Noth und Theuerung umfassende außerordentliche Armenunterstützungen aus dem Kirchengute und den Klosterverwaltungen statt.[21] Hieraus erklärt sich die historische Thatsache, daß allenthalben in vormaligen Klosterorten regelmäßige Almosenspenden, meist in Lebensmitteln bestehend, an die Ortsarmen hergebracht waren, und daß solche (wobei immerhin politische Rücksichten, deren bei dem Orte Steinheim gegenüber von dem Kloster, beziehungsweise von Württemberg allerdings eigenthümliche vorwalteten, auf das Maß der Verwilligungen von Einfluß sein mochten), so lange es mit den Verwaltungseinrichtungen verträglich erschien, im Wesentlichen in der herkömmlichen Weise fortgesetzt wurden, daß sie aber sodann nach Aufhebnng der sogenannten Klosterhaushaltungen, die bei den Frauenstiftern frühe eintrat, durch herzogliche Verfügungen in bestimmte Aversalbeträge an Früchten verwandelt und diese an die, gleichzeitig mit der Reformation organisirten, örtlichen Armenverwaltungen zur Unterausstheilung an die Hausarmen übergeben wurden, wobei übrigens als selbstverständlich der Kirchenguts-Verwaltung eine stete Cognition bezüglich des Umfangs der Verwilligungen nach den bestehenden Verwaltungs-Grundsätzen vorbehalten blieb, und deßhalb alljährliche Bittgesuche der betheiligten Gemeindebehörden, sowie Berichte der unteren Verwaltungsstellen und hierauf nach Befund der Umstände zu ertheilende herzogliche Bescheide und Anweisungen eingeführt waren.

2) Von einem Uebergang der Verbindlichkeit zu solchen Armenunterstützungen Seitens der Klöster auf den Staat nach den Grundsätzen der privatrechtlichen Universalrechtsnachfolge als dinglicher auf den Klosterbesitzungen haftender Lasten kann bei diesem Rechtsverhältnisse keine

[21] Vergl. Sattler, Geschichte Württembergs unter den Herzogen, Bd. V, S. 16 und Anhang, Beil. 2; Reyscher, Gesetzes-Sammlung, Bd. XII, S. 639.

Rede sein, da die Rechtsnachfolge in die eingezogenen kirchlichen und klösterlichen Besitzungen und deren Einverleibung in das allgemeine evangelische Kirchengut auf der staatshoheitlichen und Episkopalgewalt des Landesherrn beruhte, und, sowie die Bestimmungen über die diesem Kirchengute zu gebende Verwendung, lediglich der Sphäre des öffentlichen Rechtes anheimfällt. Das aus jener Einverleibung der Klöster und aus der Rechtsnachfolge in das Vermögen derselben hervorgegangene Rechtsverhältniß bezüglich der für Kirchen-, Schul- und Armenzwecke zu erhebenden Ansprüche kann sonach kein privatrechtliches sein, vielmehr können im Zweifel die an das Kirchengut, welches zur Zeit mit der Staats-Domänen-Verwaltung vereinigt ist, dießfalls zu erhebenden Ansprüche nur aus den öffentlichrechtlichen Bestimmungen über dessen Verwaltung abgeleitet werden, und es mußten spezielle Thatumstände behauptet und erwiesen werden, die einen privatrechtlichen Titel für solche Ansprüche zu begründen geeignet wären, um dieselben auf dem Civilrechtswege verfolgen zu können.

3) Eine derartige thatsächliche Begründung hat man nun aber bei dem vorliegenden Anspruche durchaus zu vermissen; im Gegentheil ergeben die vorliegenden älteren Urkunden, daß die fraglichen Armenbeiträge eben in den Maximen und Verfügungen der Kirchenguts-Verwaltung ihren Grund haben.

Oertliche archivalische Quellen über die Behandlung des Armenwesens in den katholischen Zeiten des Klosters der Augustinerinnen zu Steinheim fehlen, wie es scheint, in Folge der wiederholten Verheerung des Ortes und Klosters durch Feuersbrünste während des dreißigjährigen Krieges, wie denn auch in dem Almosen- und Heiligen-Lagerbuch von Steinheim vom Jahre 1664 (erneuert im Jahre 1699) das Zugrundegehen der schriftlichen Dokumente „des gesammten Fleckens als auch des Heiligen und Almueßens" erwähnt wird.

Dagegen enthalten aus der Zeit nach dem Uebergang

des Dorfes und des Klosters Steinheim unter die württembergische Landeshoheit, welcher mit der Reformation zusammenfiel, folgende Urkunden über die rechtliche Natur der fraglichen Almosenfrüchte erhebliche Aufschlüsse. (Die hieran sich anschließende weitere Ausführung bietet kein allgemeines Interesse).

3) Auszug aus den Gründen zu dem Erkenntniß vom 23. April 1858 in der Rechtssache des Stiftungsrathes in Lorch.

I. Zunächst ist an die bekannte Thatsache zu erinnern, daß den kanonischen Grundsätzen zufolge das Kirchenvermögen überhaupt und vorzugsweise die Einkünfte der Klöster immer zu einem namhaften Theile (in älteren Zeiten sogar zu einer bestimmt ausgeschiedenen Quote) für Armenzwecke verwendet werden mußten und daß daher aller Orten die fundirten Klöster je nach Verhältniß ihrer Einkünfte und Besitzungen in größerem oder geringerem Maßstabe Almosenspenden austheilten, welche sich bezüglich der angesessenen Bevölkerung ihrer Umgebung, wie dieß bei derartigen größeren Verwaltungen in der Natur der Sache lag, zu periodischen regelmäßigen Reichnissen, meist in Naturalien bestehend, gestalteten.

II. Sodann bedarf die von dem klägerischen Anwalte wiederholt mit besonderem Nachdruck betonte Behauptung, welche eine wesentliche Grundlage seiner Schlußfolgerungen bildet, „es sei geschichtlich nachgewiesen, daß man mit der Säkularisation der Klöster sich eben gar nicht beeilt habe, die Mildthätigkeiten früherer Zeiten fortzusetzen, vielmehr blos diejenigen Reichungen habe fortbestehen lassen, welche man fortsetzen mußte und zu welchen man als rechtlich verpflichtet sich anzusehen hatte," der Berichtigung.

Bei der Reformation wurde, ähnlich den dießfälligen katholischen Dogmen, die religiöse Pflicht „fleißigen Almosengebens" nur mit der Verwahrung, daß man damit allein

der Sündenvergebung nicht theilhaftig werde, in die dem Konzil zu Trient übergebenen Glaubensartikel aufgenommen,[22] und nicht minder erklärten es die hierüber vernommenen protestantischen Gottesgelehrten für eine Gewissenspflicht des Landesherrn, das für die neue Glaubensgemeinschaft einzuziehende Kirchenvermögen wesentlich mit zu Unterstützung der Armen zu verwenden.[23] Daher wurde in der gedachten Kirchenordnung, welche fortan das bleibende Grundgesetz für die Verwaltung des zu einem „gemeinen Kirchenkasten" der evangelischen Kirche vereinigten Vermögens der in der Reformation inbegriffenen Kirchen und Stifter bildete, ausdrücklich und wiederholt die theilweise Verwendung dieses Vermögens „zu handtreichung und steuer der Armen ꝛc.," — „damit den Armen nach Gelegenheit handtreichung und hilff beschehe," angeordnet.[24] Welchen Einfluß die kanonischen Grundsätze über die Verwendung des Vermögens der Kirche und insbesondere der Klöster auf die Verwaltung des württembergischen Kirchengutes hatten, dafür liefert ein geschichtlicher Vorgang vom Jahre 1570 einen schlagenden Beleg, indem aus Anlaß einer Theuerung die Synode zu Stuttgart unterm 18. November des gedachten Jahres den Antrag stellte, aus den Klöstern, so lange jene Theuerung währe, noch reichlicher als bisher, Almosen zu geben, — und zwar, „weil vermög heiliger Schrift und aller geschriebenen Rechten die Armen des geistlichen Einkommens auch fähig und ihnen zu ihrer nothwendigen Unterhaltung auch ein Theil davon gebühre; — es sei zu bedenken, daß von

---

[22] Vergl. die große Kirchenordnung Herzog Christophs von 1559, S. 43.

[23] Sattler, Geschichte Württembergs unter den Herzogen, Thl. III, Bl. 34.

[24] Reyscher, Gesetzes-Sammlung, Bd. VIII, S. 113, 270; zu vergl. Herzog Ludwigs Testament von 1587/93 bei Reyscher, Staats-Grundgesetze, Bd. II, S. 207.

Alters her, nach geistlichen und weltlichen Konstitutionen vom Kirchengute den Armen der viert Theil gebühre, auch nicht wenig von Unterthanen gestiftet und an die Klöster und das Geistlich ergeben worden." [25] Bei einer ähnlichen Veranlassung verfügte Herzog Johann Friedrich 1624 außerordentliche Zuschüsse an die Ortsarmenkästen aus dem gemeinen Kirchenkasten, unerachtet dieser durch seitherige Verwilligungen bereits beinahe erschöpft sei. [26] Gleiche Grundsätze lagen der gleichzeitig mit der Reformation eingeführten Organisation der örtlichen Heiligen- und Armen-Verwaltungen zu Grunde, welchen als bleibende Fonds gewisse Theile des örtlichen Kirchenvermögens, sodann, was von der Herrschaft (von welcher, namentlich in herzoglichen Testamenten, wiederholt besondere Stiftungen für örtliche Armenzwecke ausgiengen) von Städt und Dörfern dem gemeinen Almosen zu Gut zu wegen möge gebracht werden, — zugewiesen wurde, wobei man als leitenden Grundsatz aussprach, daß, was man über der Kirchen und Schulen Bedürfnisse erübrigen möge, Alles den Armen zu steur kommen solle. Auch wurde eine gegenseitige Unterstützungspflicht der verschiedenen Armenfonds unter einander, — der vermöglicheren an die unzulänglichen — eine sogenannte Verbrüderung der Armenfonds — ausgesprochen. [27] So blieb es also nach dem damaligen System der Behandlung des Armenwesens und den herrschenden religiösen Ansichten auch nach der Reformation im Wesentlichen bei den seitherigen Prinzipien über die Verwendung des Kirchen- und Kloster-Vermögens für Armenzwecke; und den klösterlichen Grundholden gegenüber mochten überdieß auch poli-

---

[25] Sattler, evangelische Geschichte unter den Herzogen, Thl. V, S. 16 und Anhang, S. 17.

[26] S. Reyscher, Gesetzes-Sammlung, Bd. XII, S. 639.

[27] Reyscher, Gesetzes-Sammlung, Bd. XII, S. 101, 123; Hochstetter, Extrakt württembergischer Gesetzes-Reskripte, Bd. I, S. 164.

tische Rücksichten vorwalten, sie nach dem Uebergang unter die vollständige Landeshoheit und Grundherrlichkeit der württembergischen Regierung keine nachtheilige Veränderung in ihren hergebrachten Einrichtungen empfinden zu lassen. Unter diesen Umständen erscheint nichts natürlicher, als daß die Almosenspenden, wie sie zu Klosterszeiten nach den angenommenen Bedürfnissen der Ortsarmen geregelt waren, nach der Reformation von den Klosterverwaltungen fortgesetzt wurden, so zwar, daß, da die sogenannten Klosterhaushaltungen wegen der daselbst eingerichteten Schulen noch geraume Zeit fortdauerten, die Austheilung meist unmittelbar durch das Klosterverwaltungs-Personal besorgt, daß aber in der Folge nach Auflösung der Klosterhaushaltungen die Unteraustheilung unter Zuweisung regelmäßiger Aversalbeträge aus den Klosterkästen den durch die Kastenordnung eingesetzten Organen für die örtliche Armenfürsorge überlassen wurde.

Daß die Almosenspenden sich im Verlauf der Zeiten in einer gewissen Stetigkeit erhielten, erklärt sich neben den grundgesetzlichen Bestimmungen der Kirchenordnung überdieß aus der von anderen öffentlichen Einkünften abgesonderten Verwaltung des Kirchengutes für seine besonderen Zwecke und aus dem Bestreben der Klosterprälaten, welche die Klosterhintersaßen, als sogenannte mittelbare Staatsbürger in ihren staatsbürgerlichen Interessen namentlich auf den Landtagen zu vertreten hatten, jene hergebrachten Reichnisse an die Angehörigen ihres Klostergebiets aufrecht zu erhalten, worüber das bei den Akten befindliche Gutachten des Kirchenrathes vom 2. Mai 1785 ein Beispiel enthält, wonach der Kloster-Prälat von Bebenhausen gegen die Reduktion des von dem Kirchenrathe für übermäßig erachteten dortigen Kloster-Almosens von jährlichen 39 Scheffel Roggen und 424 Scheffel Dinkel sofort bei der Landschaft Beschwerde erhob.

Aus dem Bemerkten ergibt sich zur Genüge der Ungrund der obigen klägerischen Behauptung, wonach die

klösterlichen Armenunterstützungen aus Mildthätigkeit in Folge der Sekularisation der Klöster ihre Endschaft erreicht haben sollen, soweit keine zwangsrechtliche Verpflichtung dazu vorlag; vielmehr blieben sich, was die Verwendung eines Theils der Klostereinkünfte für Armenzwecke betrifft, die Grundsätze und die Behandlungsweise nach wie vor im Wesentlichen gleich.

III. In den angeführten, weder von den Parteien noch von den vorigen Richtern näher gewürdigten, rechtsgeschichtlichen Thatsachen finden denn fortdauernde periodische, selbst im Allgemeinen sich gleich bleibende Reichnisse an örtlichen Almosen von Seite der Klöster und nachmals der Verwaltung des evangelischen Kirchengutes ihre vollständige Erklärung, welcher, da es sich von einer allgemeinen kanonischen, beziehungsweise Landes-Einrichtung, handelt, in so lange, als nicht im einzelnen Falle ein entgegengesetztes Rechtsverhältniß klar nachgewiesen wird, der Vorzug zu geben ist, während die klägerische Annahme, daß solche klösterliche Almosengaben als eine Komplexlast auf die Besitzungen des Klosters gelegt worden seien, welche auch von dem vorigen Richter im Verlaufe seiner rechtlichen Ausführung gebilligt wird oder sogar, daß sie als eine auf den von den Ortseinwohnern zu Lorch an das Kloster zu entrichtenden Grundgefällen ruhende Last zu betrachten seien, jedes Anhaltspunktes entbehrt.

Es unterliegt ganz keinem Zweifel, daß die Besitzungen und Einkünfte der Klöster zu einem großen Theile aus Zuwendungen gläubiger Christen bestanden, in der Absicht und Voraussetzung gegeben, daß solche für fromme und mildthätige Zwecke verwendet werden. Dieser Zweck wurde auch durch die einfache Vergabung an das Kloster wirklich erreicht, weil die Klöster vermöge ihrer Institutionen die Aufgabe zu Ausübung werkthätiger christlicher Liebe hatten; nur war auf diese Weise dem Einzelnen ein besonderer Anspruch darauf nicht eingeräumt, indem die Art der Verwendung dem Gutbefinden des Klosters überlassen war.

Daß hiebei einzelne Orte mit Almosen vorzugsweise und nachhaltig bedacht wurden, ergab sich vermöge der geographischen Lage und Klosterangehörigkeit von selbst. Allein auch bei der Absicht, eine Ortschaft in dieser Weise auf die Dauer zu berücksichtigen, wäre die Radizirung einer solchen Almosenspende auf die Klosterbesitzungen eine fremdartige Erscheinung.

Ein einzelner Mensch, wenn er auf die Dauer für einen wohlthätigen Zweck gewisse Verwendungen gemacht wissen will, wird, in Betracht seiner vorübergehenden Existenz wohl thun, hiezu einen Fonds auszusetzen und in Verwaltung zu geben, mit anderen Worten eine Stiftung im eigentlichen technischen Sinne für einen solchen bestimmten Zweck zu machen. Eine dauernde Anstalt dagegen, welche eigens die Bestimmung hat, Nothleidende je nach Bedürfniß zu unterstützen, würde nicht nur unzweckmäßig handeln, wenn sie durch eine derartige Fixirung ihrer Verwendungen zu Gunsten Einzelner oder einer einzelnen Körperschaft sich in ihrer Kognition für die Zukunft beschränken und sich die Möglichkeit einer zweckmäßigen Verwendung für Bedürftigere abschneiden wollte, sondern sie würde auch etwas Ueberflüssiges thun, indem ihr eigener dauernder Bestand und ihre organische Bestimmung die Fortdauer der betreffenden Leistung, so lange und so weit solche angemessen erscheint, schon hinreichend verbürgt.

Jedenfalls finden aber auf derartige aus den kirchlichen und klösterlichen Institutionen hervorgegangene Leistungen die Grundsätze einer privatrechtlichen Universal-Rechtsnachfolge dem nunmehrigen Inhaber der Klostergüter gegenüber keine Anwendung und die Ansicht ist eine irrige, daß mit dem Uebergang der klösterlichen Besitzungen auf den Staat die Verpflichtung zu jenen Leistungen auf denselben, als eine privatrechtliche von selbst mit übergegangen sei. Denn die von den württembergischen Regenten vorgenommene Einziehung des Vermögens der, der Refor-

mation unterworfenen Kirchen, Klöster und Stifter und die Vereinigung dieser Vermögensfonds zu einem Gesammtgute der evangelischen Kirche beruhte auf der staatshoheitlichen und Episkopal-Gewalt des Landesherrn und fällt somit der Sphäre des öffentlichen Rechtes anheim, sowie auch die bezüglich der Verwendung dieses allgemeinen Kirchengutes getroffenen Bestimmnngen dem öffentlichen Rechte angehören.

Es muß daher davon ausgegangen werden, daß das aus jener Einverleibung des Vermögens der Klöster ꝛc. und der Rechtsnachfolge in dasselbe bezüglich der für Kirchen-, Schul- und Armenzwecke zu erhebenden Ansprüche hervorgegangene Verhältniß im Zweifel ein öffentlich-rechtliches ist, woraus sich keine privatrechtlichen Ansprüche ableiten lassen und war es vor Allem Sache der klägerischen Partei, indem sie die Civilgerichte um Aufrechterhaltung ihrer angeblichen Berechtigung zu den fraglichen Almosenbezügen angerufen hat, darzuthun, daß der erhobene Anspruch auf einer besonderen, ausschließlich privatrechtlichen Grundlage beruhe.

IV. Was nun zunächst die vorhin erwähnte klägerische Behauptung betrifft, die klösterlichen Almosenspenden müssen als eine auf den grundherrlichen Gefällen des Klosters im Dorfe Lorch ruhende Last angesehen werden, was lediglich damit begründet werden wollte, daß die beiderlei — ihrem Wesen nach verschiedenartigen — Leistungen in einem und demselben Lagerbuche — wie wohl ohne alle Beziehung auf einander — erwähnt werden, und wobei überdieß nicht einmal bestimmt geltend gemacht wurde, daß jene Almosenspenden aus dem grundherrlichen Verbande des Klosters mit den Grundholden zu Lorch entsprungene Gegenleistungen seien, so kann jene Behauptung füglich auf sich beruhen bleiben.

V. Die hauptsächliche klägerische Ausführung ist dahin gerichtet, daß die fraglichen Reichnisse auf einer Stiftung beruhen, welcher ein privatrechtlicher Charakter beizumessen

sei. (Die hier folgende Ausführung über die rechtliche Bedeutung der vorhandenen Urkunden kann übergangen werden, da sie kein allgemeines Interesse bietet).

VI. Da es dem Ausgeführten zufolge dem erhobenen Anspruche durchaus an einer privatrechtlichen Grundlage gebricht und die Unterstellung einer privatrechtlichen Natur desselben auf einer unrichtigen Beurtheilung einzelner ungenauerer Darstellungen in den vorliegenden älteren Urkunden beruht, so war die klägerische Partei mit ihrer Klage wegen Unzuständigkeit der Gerichte zurückzuweisen und demgemäß die Urtheile der vorigen Instanzen sammt den Sportelansätzen als nicht zu Recht bestehend, übrigens unter Vergleichung der Kosten sämmtlicher Instanzen aufzuheben.

Die Folge dieser Unzuständigkeitserklärungen der Civilgerichte war, daß sich die Betheiligten, welche einen rechtlichen Anspruch behaupteten, nach einem anderen Richter umsahen, um ihre vermeintlichen Ansprüche verfolgen zu können. Der Vertreter des Stiftungsrathes in Lorch, welcher in I. und II. Instanz günstige materielle Erkenntnisse der Gerichte erwirkt hatte, und dessen Anspruch nach der Lage der Sache verhältnißmäßig günstigere Aussichten zu gewähren schien, brachte daher bei dem Oberamt Welzheim als Verwaltungsjustizbehörde eine Klage auf Fortreichung der Almosenbeiträge an. Allein dieses und mit ihm die Königl. Kreisregierung in Ellwangen, sowie das Ministerium des Innern erklärte die Regiminalstellen gleichfalls für unzuständig.

Hierauf hat sich der Vertreter des Stiftungsrathes in Lorch an den Königlichen Geheimrath gewendet. Seine als Beschwerde betitelte Eingabe war jedoch nicht gegen die Unzuständigkeitserklärungen der Regiminalstellen gerichtet, vielmehr war in derselben ausgeführt, daß durch diese von den Justiz- und Verwaltungsstellen ausgesprochene Inkompetenzerklärung die Gemeinde in einen Zustand der Rechtlosigkeit versetzt sein würde, wenn ihr

nicht das verfassungsmäßige Recht zustände, sich an den Königlichen Geheimenrath mit einer Bitte „um Entscheidung über diesen Kompetenzkonflikt" zu wenden. Nach einer Ausführung darüber, daß das Obertribunal mit Unrecht die Civilgerichte für unzuständig erklärt habe, indem der Anspruch der Gemeinde Lorch an die Staatsfinanzverwaltung keineswegs dem öffentlichen Rechte angehöre, sondern rein privatrechtlicher Natur sei, wird die Schlußbitte dahin gestellt, „daß der Königliche Geheimerath den hier vorhandenen Kompetenzkonflikt zur Allerhöchsten Königlichen Entscheidung vorlegen möchte." Durch Erlaß des K. Geheimenrathes vom 4. Febr. 1860 wurde hierauf die Kgl. Stadtdirektion beauftragt, dem Vertreter des Stiftungsrathes in Lorch die Beschwerde mit dem Bemerken zurückzugeben, daß der Kgl. Geheimerath nicht in der Lage sei, auf diese Eingabe eine Verfügung zu treffen, da eine Kompetenzstreitigkeit zwischen den Justiz- und Verwaltungsbehörden im Sinne der Ziff. 3 des §. 59 der Verfassungs-Urkunde nicht bestehe. Dieß wurde mit folgender Ausführung näher begründet:

Nachdem das Königl. Obertribunal die Civilgerichte für unzuständig erklärt habe, seien von den Regiminalstellen nicht etwa im Widerspruch hiemit gleichwohl die Civilgerichte als zuständig bezeichnet, vielmehr für die Zuständigkeit der Finanzstellen sich ausgesprochen worden, wogegen diese ihrerseits nach der eigenen Darstellung der Beschwerde so wenig etwas einwenden, daß sie vielmehr mit der Weigerung auch vor den Regiminalstellen Recht zu geben, ihre Zuständigkeit für sich selbst in Anspruch genommen haben. Es sei somit nicht einmal ein Kompetenzkonflikt zwischen den Regiminal- und Finanzstellen vorhanden und man vermöge in der Beschwerde nach Lage der Sache nichts Anderes zu erblicken, als eine offenbar unstatthafte Beschwerde gegen das Erkenntniß des Königl. Obertribunals vom 23. April 1858.

Hierauf reichte der Vertreter des Stiftungsrathes in Lorch im Juli 1860 eine weitere Beschwerde gegen die — die fernere Reichung der Almosenbeiträge nach Lorch einstellende Verfügung des Finanzministeriums vom Jahre 1853 ein. Nachdem das Finanzministerium unter Darlegung seiner Gründe sich dahin erklärt hatte, daß die gedachte Verfügung von ihm herrühre, wurde von dem Königlichen Geheimenrath im Hinblick darauf, daß der Beschwerdeführer diese Ministerialverfügung als eine solche bezeichne, durch welche er in einem ihm zustehenden Rechte verletzt sei, angenommen, daß dieselbe als Rekurs gegen die Verfügung eines Departementsministers auf den Grund des §. 60, Ziffer 1 der Verfassungsurkunde an ihn erwachsen sei. Der Königliche Geheimerath erkannte hierauf, jedoch ohne einen Sportelansatz, da es sich nicht um einen Rekurs im Sinne des Rechtsmittelgesetzes vom 13. Nov. 1855 handelte, unter dem 5. Oktober 1861 dahin: „es sei der Stiftungsrath in Lorch durch die von dem Kameralamte daselbst am 7. Juni 1853 ausgeschriebene Verfügung des Königlichen Finanzministeriums, wodurch die bis dahin von der Staatsfinanzverwaltung geleisteten Almosenbeiträge für die Ortsarmen in Lorch eingezogen worden, in einem ihm zustehenden öffentlichen Rechte nicht verletzt, daher die gegen jene Verfügung erhobene Beschwerde als unbegründet abzuweisen."

Diese Entscheidung beruht auf folgender Begründung:

Der Beschwerdeführer behaupte auch in der Instanz des Kgl. Geheimenrathes, die im Streit befangenen Gaben an Geld und Früchten beruhen auf einer Stiftung. Unter einer Stiftung im eigentlichen Sinne sei aber eine solche besondere Widmung zu verstehen, wodurch Jemand, sei es durch Vergabung unter Lebenden oder durch letzte Willensverordnung, bestimmte Theile seines Vermögens — Grundstücke, Kapitalien oder Rechte — an eine Kirche oder geistliche Anstalt als Eigenthum unter der Verbindlichkeit überwiesen habe, daß aus den Einkünften derselben

gewisse gottesdienstliche Verrichtungen vorgenommen oder sonstige fromme oder milde Zwecke erfüllt werden sollen.

Hier sei vor Allem zu bemerken, daß, wenn jene Gaben ihren Grund wirklich in einer Stiftung in diesem Sinne haben würden, nicht wohl abzusehen sei, wie der Anspruch auf deren Fortreichung vor der Administrativ-justizbehörde sollte verfolgt werden können, da es demselben in dieser Unterstellung an der öffentlich-rechtlichen Grundlage, wie sie für die Anrufung des Kgl. Geheimenrathes vorausgesetzt werden müsse, gebrechen würde, wie denn auch von dem Beschwerdeführer selbst, welcher sich vielmehr auf die Vorträge seines Syndikus vor den Civilgerichten und auf die Entscheidungsgründe des einen dieser Gerichte zu seinem Vorstande berufen habe, nicht angegeben worden sei, daß und inwieferne er seinem Anspruche einen öffentlich-rechtlichen Charakter beilege.

Indessen sei es demselben, wie schon der Civilsenat des Kgl. Obertribunals, auf dessen Entscheidungsgründe zu dem Erkenntnisse vom 23. April 1858 Bezug genommen werde, gezeigt habe, keineswegs gelungen, darzuthun, daß eine Stiftung im eigentlichen Sinne als die Quelle der Almosen zu betrachten sei, welche ursprünglich von dem Kloster Lorch an die Ortsarmen daselbst unmittelbar gereicht worden, und an deren Stelle später die jetzt im Streite liegenden Almosenbeiträge des Herzoglichen Kirchenrathes und der Königlichen Staatsfinanzverwaltung getreten seien.

Der Stiftungsrath von Lorch stütze seine Behauptung auf das Lagerbuch des Fleckens Lorch vom Jahre 1724. Dieses bezeichne nun zwar allerdings die fraglichen Gaben als eine „uralte Stiftung zu Almosen um Gotteswillen" als ein uralt gestiftes Almosen, welche Stiftung von einem ehemaligen Abt, Namens Benedikt, herrühren solle. Allein, wie die Angabe des Namens des angeblichen Stifters nach der ausdrücklichen Bemerkung im Lagerbuche nur auf mündlicher Tradition beruht habe, so könne überhaupt der

ganze hieher gehörige Eintrag in das Buch keine andere Grundlage gehabt haben, weil es dem Verfasser desselben, wie aus dem Vorwort und sonstigen Stellen klar erhelle, an allen hieher erheblichen urkundlichen Aufzeichnungen gefehlt habe. Sei aber hiernach von den kirchenräthlichen Beamten, welche bei Errichtung des Lagerbuches mitgewirkt haben, in der That nicht weiter beurkundet worden, als daß damals die auf Hörensagen gestützte Meinung bestanden, daß die Almosen, welche das Kloster Lorch den dortigen Ortarmen reiche, auf einer alten Stiftung beruhen, so müsse, da der Eintrag in's Lagerbuch an sich einen Rechtstitel für die Ortsarmen in Lorch nicht bilde, mit demselben dasjenige in Verbindung gesetzt werden, was aus früheren Zeiten über den Ursprung und die rechtliche Natur der Gaben urkundlich beigebracht sei, um hiernach die materielle Beweiskraft des Lagerbuches zu bestimmen.

Hier seien nun die älteren Urkunden von 1575, 1600/01 und 1614 von der erheblichsten Bedeutung. Sie weisen zunächst für die Gaben an Roggen und Dinkel mit aller Bestimmtheit darauf hin, daß dieselben in ihren fixirten Quantitäten an die Stelle derjenigen Almosen getreten seien, welche das Kloster Lorch ursprünglich an gewissen Tagen der Woche an die Armen des Ortes, so viel deren an seinen Thoren erscheinen mochten, hauptsächlich an Brod ausgetheilt habe. Daß aber diese Almosenspenden der reine, auch bei sonstigen Klöstern sich findende Ausfluß des allgemeinen kanonischen Grundsatzes gewesen, wornach man einem Theile des Vermögens der Kirchen und Klöster überhaupt die Bestimmung beigelegt habe, zur Unterstützung der Armen verwendet zu werden, könne nicht bezweifelt werden, und es fehle an jedem Anhaltspunkte dafür, den Grund der Reichung solcher Almosen auf eine Stiftung im eigentlichen Sinne zurückzuführen.

Der gleiche rechtliche Charakter müßte aber auch den Gaben an Geld und Haber beigelegt werden, da von dem

Stiftungsrathe Lorch selbst niemals geltend gemacht worden sei, daß es hinsichtlich derselben eine besondere, von derjenigen der anderen abweichende Beschaffenheit habe, wie denn auch in dem Lagerbuche von 1724 die sämmtlichen hieher gehörigen Reichnisse des Klosters unter Einem und demselben Gesichtspunkte als angebliche Stiftungen zu Almosen dargestellt seien.

Wie wenig aber diesem Lagerbuche die entscheidende Bedeutung, die ihm der Beschwerdeführer beilegen zu können glaube, zukomme, ergebe sich schon daraus, daß es insoferne einen offenbaren Irrthum enthalte, als es die angeblichen Stiftungen in den bestimmt fixirten Beträgen, wie sie aufgezeichnet werden, auf einen Abt Benedikt als Stifter zurückführe, während aktenmäßig feststehe, daß die Verabreichung von Früchten und eines bestimmten Geldbetrages erst nach der im Jahre 1584 erfolgten Aufhebung der Klosterhaushaltung von der Württembergischen Regierung als Rechtsnachfolgerin des Klosters „verordnet" worden sei. — Nach einer auf die eingehende Prüfung der vorgelegten Urkunden und der geschichtlich ermittelten Thatsachen gestützten weiteren Ausführung über die rechtliche Natur der Almosen, an deren Stelle später die Früchte und das Geld getreten waren, fahren die Gründe fort:

Seien aber die Almosen des Klosters Lorch lediglich als ein Ausfluß des oben angeführten allgemeinen kanonischen Grundsatzes zu betrachten, so habe zwar das Kloster durch deren Reichung einer moralischen Verpflichtung Genüge gethan; eine rechtliche, mit Klagen vor den Gerichten verfolgbare Verbindlichkeit, die Almosen zu geben, sie gerade in der hergebrachten Form, in einem bestimmten Umfang, unter allen Umständen fortzugeben, mochten seine eigenen Verhältnisse, oder diejenigen der Gemeinde Lorch im Ganzen, oder ihrer Mitglieder im Einzelnen sich wie immer gestaltet haben, habe für das Kloster nicht bestanden. Es wäre immerhin dem Ermessen desselben anheimgestellt geblieben, welche Art der Handreichung für die Armen des

Ortes ihm als die angemessenste erscheine, in welchem Maße es dieselbe überhaupt als mit seinen Verhältnissen vereinbar und durch diejenigen der Gemeinde geboten, welche Personen es derselben bedürftig erachte. Es habe kein Einzelner ein Recht darauf gehabt, als Armer behandelt zu werden, und der Ortsbehörde als solcher sei ein Anspruch an das Kloster bezüglich der Armenunterstützung überall nicht zugestanden. Es habe daher dem Verhältnisse, um es zu einem Rechtsverhältnisse zu stempeln, schon an einem bestimmten berechtigten Subjekt gefehlt.

Andere Verpflichtungen aber, als sie das Kloster Lorch in dieser Beziehung gehabt, seien auch von Herzog Christoph von Württemberg, als er das Kloster reformirte und dessen Vermögen einzog, um es nachmals dem allgemeinen Kirchengute einzuverleiben, nicht auf dieses übernommen worden. In der Kirchenordnung von 1559, auf welche sich für den Anspruch des Rekurrenten berufen werde, begegne man nur der, den allgemeinen kirchenrechtlichen Grundsätzen entsprechenden Auffassung, daß neben Bestreitung der kirchlichen Bedürfnisse im engeren Sinne auch die Fürsorge für die Armen Aufgabe der Kirche sei. Allein diese Auffassung habe gerade in der Hauptstelle, auf welche Bezug genommen worden, einen Ausdruck gefunden, welcher nur zu der Annahme berechtige, daß auch dem Rechtsnachfolger der reformirten Kirchen und Klöster hierin freie Hand gelassen bleiben solle, wenn es daselbst nach denjenigen Bestimmungen, welche die Kirche und Schule und ihre Diener betreffen, heiße: „darneben den Armen nach Gelegenheit Handreichung und Hilf beschehen."

Wie nun die Aufhebung der Haushaltung des Klosters Lorch und die dadurch auf Seite des Almosenspenders veränderten Verhältnisse die Gelegenheit zu der ‚Seitens der Almosenempfänger unbeanstandet gebliebenen Verordnung gegeben gehabt, daß an die Stelle der bis dahin in Brod, Mehl und Pfenningen in unbestimmter Zahl gegebenen

Almosen die Verabreichung von Früchten in gewissen Gattungen und Quantitäten und eines fixirten Geldbetrages treten solle, eine Verordnung, durch welche die rechtliche Natur des bisher gereichten Almosens an sich nicht habe verändert werden können, so sei auch nichts im Wege gestanden, hinsichtlich dieser neuen Form und Bemessung der Almosenaustheilung im Laufe der Zeiten je die Gelegenheit der Umstände abermals wahrzunehmen.

Daß dieß in der That auch, namentlich in Beziehung auf den Umfang der Leistung Seitens des Herzoglichen Kirchenrathes geschehen sei, davon geben die älteren Heiligenrechnungen von Lorch selbst Zeugniß. Die Leistung sei eine Zeitlang ganz unterbrochen worden. Selbst vom Westphälischen Frieden an habe es bezüglich des Habers bis 1670/71, bezüglich der anderen Fruchtgattungen bis 1653/54 gedauert, bis sie wieder flüssig geworden, und es sei nirgends angezeigt, daß wenigstens die Rückstände von diesen Zeiträumen von der Württembergischen Regierung nachgefordert worden wären, was zu thun man sicher zum Mindesten versucht haben würde, wenn man in der Lage gewesen wäre, für den Anspruch auf die Leistung nach Qualität und Quantität einen solchen „speziellen Rechtsgrund" geltend zu machen, von welchem in der Verhandlung der Kammer der Abgeordneten von 1858, auf welche in der Beschwerdeschrift Bezug genommen werde, die Rede gewesen sei.

Aber auch von 1653/54 seien die Gaben an Roggen und Dinkel nicht in den ursprünglich verordneten Beträgen von 10, beziehungsweise 40 Scheffeln, sondern, und dieß nahezu 20 Jahre lang, in vermindertem und veränderlichem Maße (5, 7, 8, beziehungsw. 20, 24, 30 Scheffeln) verabreicht worden, wie es eben die „ergangenen fürstlichen Resolutionen" oder „Befehle" mit sich gebracht gehabt und man habe sich Seitens der Gemeinde Lorch stets damit genügen lassen. Es sei nicht richtig, wenn der Anwalt des Beschwerdeführers in einem seiner Vorträge vor

dem Civilrichter behauptet habe, daß von den Rechnern das Nichtgelieferte als Ausstand in den Rechnungen nachgeführt sei. Vielmehr sei blos in den Rechnungen, in welchen vollständig in Einnahme gebracht worden sei, was das Kloster nach der ursprünglichen Verordnung je für das laufende Jahr hätte leisten sollen, Dasjenige zur Kompensation wieder in Ausgabe gesetzt worden, was man nicht wirklich geliefert erhalten gehabt habe, und späterhin finde sich überhaupt nur Dasjenige unter den Einnahmen in Auswurf gebracht, was je für das betreffende Jahr kraft ergangenen fürstlichen Befehls in Wahrheit eingenommen worden sei. Die Rückstände aus den Vorjahren aber seien niemals in die nachfolgenden Rechnungen übertragen worden und es sei auch sonst nicht angezeigt, daß man sie nachträglich zum Einzug zu bringen versucht hätte. Die Rechnungen konstatiren daher eines Theils zwar allerdings ein stetes Zurückkommen auf die ursprüngliche Verordnung über die Quantität der zu leistenden Früchte, anderen Theils aber auch, daß die Herrschaft unter veränderten Verhältnissen sich nicht an diese Verordnung gebunden erachtet und daß die Gemeinde Lorch sich hiebei beruhigt habe. Wenn nun die Herrschaft es später angemessen gefunden, ihre Almosenbeiträge wieder in dem anfänglich verordneten Maße zu geben, ohne daß dargethan oder auch nur behauptet wäre, es sei dieß auf ein auf Rechtsgründe gestütztes Verlangen der Gemeindebehörde von Lorch hin und im Bewußtsein oder Anerkenntnisse rechtlicher Verpflichtung geschehen, so tragen ihre Leistungen, so lange sie unter wesentlich gleichen Verhältnissen gleichmäßig fortgedauert haben, immer nur den Charakter der von dem Kloster Lorch überkommenen, durch die Kirchenordnung aufrecht erhaltenen allgemeinen Verpflichtung an sich, den Ortsarmen von Lorch nach Gelegenheit und Gestalt der Umstände Handreichung zu thun.

Wie weit entfernt der Herzogliche Kirchenrath von der Meinung und dem Bewußtsein gewesen sei, rechtlich

dazu verpflichtet zu sein, die von den reformirten Klöstern herrührenden Almosenbeiträge, soweit sie nicht auf einer wirklichen Stiftung beruhen, in dem Einmal festgesetzten Betrage für alle Zeiten und unter allen Umständen fortleisten zu müssen, darüber habe sich derselbe in seinem zu den Akten gebrachten Berichte vom 2. Mai 1785 klar genug ausgesprochen. Auch auf derjenigen Seite, auf welcher man die Almosenbeiträge für bestimmte Klosterorte nicht mit demjenigen haben vermengt wissen wollen, was zum Besten der Armuth des ganzen Landes aus dem Kirchengut aufgewendet werde, habe man nicht daran gezweifelt, daß es zur Kognition des Kirchenrathes stehe, ob nicht die Armen der Klosterorte mit einer verminderten Summe dennoch berathen seien; und gerade von dieser Seite sei gegen den Vorschlag, die gemeinschaftlichen Oberämter zu Vermittlern zwischen dem Kirchenrathe und den Armen zu bestellen, die Besorgniß geltend gemacht worden, jene möchten es als einen „förmlich bewilligten schuldigen" Beitrag zu ihren Armenanstalten, mit welchem Gedanken ohnehin schon einige lange umgehen, qualifiziren und die Ergänzung alles bei ihren Armenkasten sich ergebenden Abmangels alsdann bei dem Geistlichen Gut als „eine Schuldigkeit" nachsuchen, folglich man auf solche Weise in ein weit größeres Gedränge kommen würde, „als man vorher nicht gewesen."

Bei Erlassung des Königlichen Generalreskriptes vom 2. Januar 1806, wenn man auch unter den daselbst erwähnten „gemeinnützigen" Armen-„Anstalten" die Almosenbeiträge für die Hausarmen eines gewissen Ortes ohne Weiteres mitbegreifen wollte, sei die Meinung keinenfalls gewesen, für Beiträge zur Armenunterstützung, deren Regulirung nach Befund der Umstände bisher zum Ermessen des Kirchenrathes gestanden, wegen der bloßen Thatsache, daß man sich zu einer anderweiten Anordnung seit lange her nicht wieder veranlaßt gehabt, einen neuen zwangsrechtlichen Titel auf Fortleistung in dem früher festgesetzten

Betrag für alle Zeiten zu begründen. Die Obliegenheiten des Kirchengutes seien „wie seither," also auch in dem seitherigen rechtlichen Charakter auf den Staat übernommen worden.

Wenn sodann auch die Staatsfinanzverwaltung im Jahre 1821 beabsichtigt habe, an die Stelle der bis dahin geleisteten jährlichen Almosenbeiträge für die Ortsarmen von Lorch eine Aversalabfindungssumme zu setzen, und wenn sie auch auf die von dem Stiftungsrathe von Lorch hiegegen erhobenen Anstände hievon abgestanden sei, so könne in diesem Vorgange ein bindendes Anerkenntniß einer rechtlichen Verpflichtung zu Fortleistung der jährlichen Beiträge oder ein selbstständiger vertragsmäßiger Titel hiefür um so weniger erblickt werden, als damals über die rechtliche Natur jener Beiträge kein Streit gewesen, dieselbe überhaupt vor dem Anerbieten der Staatsfinanzverwaltung gar nicht Gegenstand näherer Untersuchung gewesen sei, wogegen das Königl. Finanzministerium, nachdem im Jahre 1845 eine solche Untersuchung angestellt worden, die Almosenbeiträge für Lorch alsbald von denjenigen, welche unzweifelhaft auf bestimmten Stiftungen beruhen, ausgeschieden und unter die widerruflichen Beiträge eingereiht habe.

Nach allem diesem könnte auch von der Klägerin auf eine ihr zur Seite stehende Verjährung sich nicht berufen werden, da es überall an dem Nachweise fehlen würde, daß die Staatsfinanzverwaltung lange Zeit hindurch die fraglichen Gaben als etwas, zu dessen Leistung sie rechtlich verpflichtet sei, verabreicht habe.

Es sei daher der Befugniß der Staatsfinanzverwaltung nichts im Wege gestanden, zu jeder Zeit in Erwägung zu ziehen, ob nicht etwa und inwieferne veränderte Verhältnisse eine Modifikation in der ferneren Leistung derartiger Beiträge rechtfertigen und nach Erfund eine solche eintreten zu lassen.

Daß aber durch die Gesetzgebung der Jahre 1848

und 1849 dieselbe gegenüber der Gemeinde Lorch hinsichtlich der Almosenbeiträge in eine wesentlich andere Lage versetzt worden sei, als sie sich zuvor befunden gehabt, könne mit Grund überall nicht bezweifelt werden. Einmal sei sie außer Stand gesetzt worden, die ihr angesonnenen Beiträge an Früchten in Natur wie früher aus eigenen Mitteln zu leisten und es müßte ihr nach der prekären Natur des Verhältnisses jedenfalls zugelassen werden, den Ortsarmen von Lorch auf andere, ihrer nunmehrigen Verwaltungsweise angemessene Weise Handreichung zu thun. In der That thue sie dieß bereits dadurch, daß sie in Folge der Einverleibung ihres bisher exemten Grundbesitzes in den Gemeindeverband in der Form der ihr auferlegten Gemeindesteuer ihre Einzahlungen in die Gemeindekasse zu machen habe, welche ihren Einfluß nothwendig auch auf die Ausgabe-Rubrik des Gemeindehaushalts für die zunächst der Gemeinde obliegende Armenunterstützung ausüben müssen.

Durch eine von dem Kloster-Stiftungsrath in Reichenbach an den Königlichen Geheimerath gebrachte Beschwerde gegen die Unzuständigkeitserklärungen der Regiminalstellen kam nun aber derselbe im Jahre 1863 in die Lage, über diese Frage einen Beschluß zu fassen, welcher schon früher in diesem Archiv [28] mitgetheilt wurde und durch welchen der Königliche Geheimerath unter Aufhebung der entgegenstehenden Beschlüsse der Regiminalstellen unter dem 19. August 1863 erkannte, daß die Klage des Stiftungsrathes in Reichenbach auf Fortleistung von Armenunterstützungsbeiträgen zur Verhandlung und Entscheidung durch die Verwaltungs-Justizstellen sich eigne und daher zunächst von dem Oberamte Freudenstadt anzunehmen und zu materieller Erledigung zu bringen sei.

Gestützt auf diese Entscheidung des Königlichen Geheimenrathes reichte nunmehr der Vertreter des Stiftungs-

[28] Bd. IX, S. 81.

rathes in Lorch eine weitere Beschwerde gegen den Unzuständigkeitsbeschluß des Königl. Ministeriums des Innern bei dem Königl. Geheimenrathe ein, in welcher gebeten wurde, daß unter Aufhebung dieses Beschlusses auch die Verhandlung seiner Klage im Instanzenwege an die zuständigen Verwaltungs-Justizstellen verwiesen werde. Hierauf faßte der Königliche Geheimerath unter dem 31. März 1869 folgenden Beschluß:

„In Erwägung, daß

1) nachdem der Bescheid des Königl. Ministeriums des Innern vom 12. Juli 1859, wodurch die bei dem Oberamte Welzheim angebrachte Klage des Stiftungsrathes zu Lorch gegen die Kgl. Staatsfinanzverwaltung auf Fortreichung von Almosenbeiträgen wegen Unzuständigkeit der Regiminalbehörden verworfen wurde, seinerzeit von dem Stiftungsrathe nicht angefochten, vielmehr von demselben diejenige Verfügung des Königl. Finanzministeriums, welche die fernere Leistung der eingeklagten Almosenbeiträge eingestellt hat, zum Gegenstande der Beschwerde gemacht worden ist, der Königliche Geheimerath diese bei ihm erhobene Beschwerde eingehender, insbesondere auch auf das von dem Stiftungsrathe für sich geltend gemachte langjährige Herkommen sich erstreckender materieller Würdigung unterzogen und auf Grund derselben am 5. Oktober 1861 (wie schon oben mitgetheilt wurde) erkannt hat, daß sonach

2) demjenigen Anspruche des Stiftungsrathes Lorch auf Fortreichung der Almosenbeiträge, dessen Verfolgung vor den Verwaltungs-Justizstellen die neuerdings erhobene Beschwerde gegen den obenerwähnten Bescheid des Ministeriums des Innern vom 12. Juli 1859 zum Zwecke hat, die rechtskräftige Entscheidung des Königl. Geheimenrathes vom 5. Oktober 1861 entgegensteht, sei die letztgenannte Beschwerde als unstatthaft zurückzuweisen.

Hiemit war der Anspruch des Stiftungsrathes in Lorch für immer erledigt.

Seitdem ist nur Ein weiterer Fall, der Anspruch des Stiftungsrathes von Beutelsbach, an den Königlichen Geheimenrath erwachsen, welcher, nachdem das Oberamt Schorndorf zu dessen Gunsten entschieden hatte, durch Erkenntnisse der Königlichen Kreis-Regierung in Ellwangen vom 30. Juli 1869, des Königl. Ministeriums des Innern vom 5. April 1870 und des Königl. Geheimenrathes vom 18. August abgewiesen wurde.

Die Gründe dieser abweisenden Entscheidungen waren, soweit sie ein allgemeines Interesse darbieten, dieselben, auf welchen die abweisenden gerichtlichen Entscheidungen und die frühere Entscheidung des Königlichen Geheimenrathes über die Beschwerde des Stiftungsrathes in Lorch beruhten.

Das processualische Schicksal der ähnlichen noch nicht zum Austrage durch gerichtliche Entscheidungen gebrachten Ansprüche dürfte hiernach, sofern nicht neue Thatsachen in einzelnen Ausnahmefällen ermittelt werden, als festgestellt zu betrachten sein.

Die erfolgten Unzuständigkeitserklärungen des Obertribunals und der Regiminalstellen veranlaßten eine nochmalige Erörterung dieser Ansprüche in der Kammer der Abgeordneten, über welche noch kurz Folgendes anzuführen ist:

In der Sitzung der Kammer der Abgeordneten vom 8. Juli 1858 wurde von dem Abgeordneten v. Wiest von Ehingen aus Anlaß der Berathung des Berichtes der Finanzkommission über die Gratialien der Gegenstand zur Sprache gebracht und unter Hinweisung auf die Verschiedenheit der Fälle, sowie auf die Inkompetenz-Entscheidungen des Obertribunals bemerkt, daß solche Almosenreichungen vorkommen, „bei welchen unzweifelhaft die Sache mit der Erwerbung des Kirchengutes zusammenhänge und an und für sich ein rechtlich begründeter Anspruch vorhanden sei," woran die Bitte geknüpft wurde, die einzelnen Fälle genau untersuchen und prüfen zu lassen, ob die Sache nicht diesen

Zusammenhang habe, in welchem Falle der Redner den Anspruch für begründet halte. Nach einigen zustimmenden Bemerkungen des Abgeordneten Schnitzer und der wiederholten Gegenversicherung des Finanzministers v. Knapp, daß die gewünschte Untersuchung und Ausscheidung vor dem Einzug vorgenommen worden sei und die durch die neuere Gesetzgebung gerechtfertigte Maßregel sich nur auf die als widerruflich erkannten Almosen beziehe, wurde der Gegenstand damals ohne Beschlußfassung der Kammer verlassen.[29] Zum zweitenmal kam derselbe durch eine an die Ständeversammlung gerichtete Beschwerde des Stiftungsrathes von Lorch und einer Anzahl von Stiftungsräthen des Oberamts Maulbronn in der Sitzung der Kammer der Abgeordneten vom 28. Juli 1865 zur Erörterung. Die Justizgesetzgebungs-Kommission, an welche die Beschwerde verwiesen worden war, stellte den Antrag: 1) „über die Verwendungsgesuche der Stiftungsräthe zur Tagesordnung überzugehen, 2) an die Staatsregierung die Bitte zu richten, die Verhältnisse der sogenannten gestifteten Almosen einer näheren Prüfung zu unterwerfen und nach Maßgabe der Ergebnisse einer solchen Untersuchung die entsprechende Verfügung mit billiger Rücksichtnahme auf die betreffenden Verhältnisse zu treffen."

In dieser Verhandlung wurde vorzüglich darüber Beschwerde geführt, daß es den betheiligten Stiftungsräthen nicht möglich gewesen sei, einen Richter zu finden[30] und

---

[29] Verhandlungen d. K. d. Abg. von 1855/61; II. Prot. Band, S. 456—458.

[30] Bei dieser Verhandlung gingen die sämmtlichen Abgeordneten, welche sich über die Beschwerde äußerten, davon aus, daß den betheiligten Gemeinden die Anrufung der Regiminalstellen wegen der früheren Inkompetenz-Erklärungen derselben benommen sei, obwohl der Königl. Geheimerath schon durch seine Entscheidung vom 19. August 1863 dieselben für zuständig erklärt hatte und diese Entscheidung nur für die beschwerdeführenden Stiftungsräthe deßhalb keine praktische Folge hatte, weil dieselben unterlassen

hieran der weitere Antrag geknüpft: 3) „die Staatsregierung zu ersuchen, zum Behuf der Verweisung der Streitigkeiten des öffentlichen Rechtes an Behörden mit richterlicher Unabhängigkeit, beziehungsweise an die ordentlichen Gerichte die geeignete Einleitung zu treffen.“ Diese drei Anträge wurden beinahe einstimmig angenommen. [31]

Eine hiedurch veranlaßte weitere Prüfung der einzelnen Fälle hatte kein anderes Ergebniß, als daß es bei der schon früher vorgenommenen Ausscheidung zwischen unwiderruflichen und widerruflichen Beiträgen und der Einziehung der letzteren sein Verbleiben hatte. Dagegen wurde in den Etat von 1867/70 unter der Rubrik „Gratialien“ von dem Königl. Finanzministerium eine Summe von 8000 fl. ausdrücklich zu dem Zwecke exigirt, um denjenigen Gemeinden, welchen die hauptsächlich aus Mitteln des inkammerirten altwürttembergischen Kirchengutes ausgesetzten widerruflichen Almosenbeiträge in Folge der durch das Neusteuerbarkeitsgesetz und die Ablösungsgesetze eingetretenen Aenderungen der Verhältnisse entzogen wurde, wenigstens insoweit diese Gemeinden nach ihren ökonomischen Verhältnissen einer Armenunterstützung auch ferner bedürftig sind, angemessene jährliche Gratialien für diesen Zweck bewilligen zu können. Die Exigenz wurde in der Sitzung der Kammer der Abgeordneten vom 18. Oktober 1867 nach einigen Bemerkungen über die rechtliche Natur dieser Almosen und die Zuständigkeitsfrage verwilligt. [32]

Zufolge der noch nicht berathenen Vorlage über den

---

hatten, seinerzeit gegen diese Inkompetenz-Entscheidungen der Regiminalstellen bei dem Geheimenrathe Beschwerde zu führen. Zum Theil wenigstens beruhte hienach der dritte jener Beschlüsse auf thatsächlich unrichtigen Voraussetzungen.

[31] Verhandlungen d. K. d. Abg. von 1862/65; I. Beil.-Bd., 5. Abth., S. 3601—8; VI. Prot. Bd., S. 4416—4424.

[32] Verhandlungen d. K. d. Abg. von 1866/68; I. Prot. Bd., S. 229—231.

Finanzetat pro 1870/73 ist dieselbe Summe mit dem Bemerken exigirt, daß sich die bis 1. Januar 1869 angewiesenen Gratialien zwar nur auf etwas über die Hälfte der verwilligten Mittel, auf 4207 fl. 37 kr. belaufen, übrigens der letztmalige Etatssatz gleichwohl ungeschmälert beibehalten werde, da bis zum 1. Januar 1869 nicht alle Fälle zur Erledigung gekommen seien.

Hiemit scheint uns das Kgl. Finanzministerium den richtigen Weg zur Lösung der Verwicklung betreten zu haben. Es wird nach der vorstehenden Darstellung kaum einer einzelnen Stiftung oder Gemeinde gelingen, die Zuerkennung eines ihr zustehenden Rechtes auf Fortreichung der in die Klasse der widerruflichen Almosen eingereihten Beiträge, sei es bei dem Civil-, sei es bei dem Administrativrichter durchzusetzen, weil die Anordnungen, auf welchen die einzelnen thatsächlichen Leistungen beruhten, der Verwaltung die freie Verfügung für immer gewahrt haben. Allein hiemit ist die Frage nicht entschieden, in wie weit die Einkünfte des evangelischen Kirchengutes und einzelner aufgehobener katholischer Körperschaften zur Unterstützung der Armuth im Allgemeinen bestimmt und zu verwenden sind. Nicht eine einzelne Gemeinde, welche als solche keine Rechte auf die Einkünfte des Kirchenvermögens hat, ist nach den vorliegenden Entscheidungen berechtigt, möglicherweise zum Nachtheile und auf Kosten der übrigen Steuerpflichtigen die Fortsetzung der zur Erleichterung ihrer Armenunterstützungspflicht bisher gereichten widerruflichen Beiträge zu verlangen; aber die fundationsmäßige Bestimmung des evangelischen Kirchengutes und inkammerirter Einkünfte früherer katholischer Körperschaften (oben Z. 3) fordert, daß deren Erträgnisse, soweit sie nach Abzug der indispensabeln Ausgaben für die in erster Linie zu befriedigenden kirchlichen und Unterrichtszwecke noch verwendbar sind, auch zur Unterstützung der Armuth verwendet werden. Die entscheidende Frage ist daher, ob noch Mittel zur Fortsetzung der Armenunterstützung, und

in welchem Betrage sie verfügbar sind. Diese Frage fällt jedoch mit der Vollziehung des §. 77 der Verfassungsurkunde, der Wiederherstellung der abgesonderten Verwaltung des evangelischen Kirchengutes des vormaligen Herzogthums Württembergs und des §. 82 der Verfassungsurkunde, der Ausscheidung eines katholischen Kirchenfonds, zusammen. So lange diese Paragraphen nicht vollzogen sind, scheint ebendeßhalb in der von dem K. Finanzministerium im Einverständniß mit den Ständen seit dem Jahre 1867 verfügten Behandlung der Frage die einzig mögliche und billige Ausgleichung der verschiedenen Interessen zu liegen.

2) Genügt zur Begründung der Zuständigkeit des Civilgerichtes die Behauptung der Partei, daß ihr ein privatrechtlicher Anspruch zustehe?

Von Staatsrath Dr. Sarwey.

Es wäre ohne praktisches Interesse und ist nicht meine Absicht, an die vorstehende Darstellung der Verhandlungen eine Kritik derselben und namentlich der von dem Königl. Obertribunal gefällten Unzuständigkeitserkenntnisse anzureihen. Man muß zugeben, daß der Ausspruch der Unzuständigkeit der Civilgerichte der früheren Praxis des K. Obertribunals entsprach. Darauf aber wird es gestattet sein, hinzuweisen, daß die Richtung, welche hiedurch diesen Almosenprozessen gegeben wurde, durchaus die Einwendungen bestätigt hat, welche Kübel [33] gegen diese frühere Praxis des Obertribunals erhoben hat und daß diese Verhandlungen ganz besonders geeignet sind, die Richtigkeit der a. a. O. vertheidigten neueren Praxis darzuthun, wornach es jedenfalls zu Begründung der civilrichterlichen Zuständigkeit genügt, daß das Vorhandensein eines Privatrechtes behauptet und solches nach dem Gegenstand des Anspruches an sich möglich ist.

Wie bekannt, liegt nach württembergischem Rechte die öffentliche Pflicht der Armenunterstützung dem örtlichen, in

[33] Dieses Archiv, Bd. V, S. 235 u. f.

öffentlicher Verwaltung stehenden Zweckvermögen (Armenstiftungen) und im Falle ihrer Insufficienz der Gemeinde ob. (Art. 2 des Bürgerrechtsgef. von 1833 und §. 136 des Verwaltungsedikts.) Sofern nun ein Anspruch auf Armenunterstützung auf diesen Grundsatz des öffentlichen Rechtes gestützt ist, in welchem Falle er übrigens nur gegen eine Armenstiftung oder eine Gemeinde gerichtet sein kann, eignet sich dessen gerichtliche Verfolgung unzweifelhaft zur Geltendmachung vor den Verwaltungsjustizbehörden.

In anderen Fällen scheint in Wahrheit ein Anspruch auf eine bestimmte Leistung, auch wenn deren Zweck die Unterstützung der Armuth und derselbe gegen eine öffentliche Kasse gerichtet ist, nur in der Form eines Privatrechtes denkbar zu sein. Weder ist selbstverständlich der materielle Zweck des mit jenem Anspruch verfolgten Vermögenserwerbs, dessen Verwendung für Armenzwecke, geeignet, dieselben zu einem öffentlich-rechtlichen Anspruch zu machen, noch erhält derselbe diese Eigenschaft dadurch, daß zwei öffentliche Kassen oder Rechtssubjekte, die Gemeinde und der Staat als Inhaber von Vermögensrechten einander gegenüberstehen. Der Art. 1 des Rechtsmittel-Gesetzes vom 13. November 1855 fordert zur Annahme eines Verwaltungsrechtsstreites außer dem Gegenüberstehen zweier Parteien, daß der Anspruch ein solcher ist, welcher „sich auf das öffentliche Recht gründet." Da das bestehende öffentliche Recht nur eine Pflicht der örtlichen Armenstiftungen und der Gemeinde zur Armenunterstützung kennt, so scheint hieraus zu folgen, daß jeder Anspruch, welcher nicht die Verfolgung dieser öffentlich-rechtlichen Pflicht zum Gegenstande hat, nur auf einen dem Privatrechte angehörigen Titel gestützt werden könne. Insbesondere für den vorliegenden Fall würde sich hieraus ergeben, daß, da der Staat auch als Inhaber des evangelischen Kirchengutes von dem öffentlichen Rechte nicht als zur Unterstützung der Armen zumal einer bestimmten Gemeinde verpflichtet erklärt ist, ein Anspruch, welcher gleich-

wohl auf Leistung von Beiträgen zur Unterstützung der Armuth einer bestimmten Gemeinde gerichtet ist, nur als privatrechtlicher denkbar ist und nicht zum Gegenstande eines Verwaltungs-Rechtsstreites gemacht werden kann.

Diese rechtliche Auffassung würde wohl auch durchgedrungen und der Versuch, diese Almosenforderungen vor den Verwaltungsgerichten zu verfolgen, unterblieben sein, wenn der Civilsenat des Königl. Obertribunals die ähnlichen Klagen der Stiftungsräthe in Murrhardt, Lorch und Steinheim, welche einen privatrechtlichen Anspruch behauptet und verfolgt hatten und deren civilrechtlicher Klage auch die beklagte Staatsfinanzverwaltung aus den angeführten Gründen die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges nicht entgegengesetzt hatte, materiell auf Grund seiner rechtlichen Beurtheilung der Thatsachen wegen mangelnden Beweises eines privatrechtlichen Titels abgewiesen hätte, statt die Inkompetenz der Civilgerichte auszusprechen.

Nachdem nun aber diese Inkompetenzerklärung der Civilgerichte vorlag, war es natürlich, daß die betheiligten Korporationen behaupteten, wenn dieß kein vor dem Civilrichter verfolgbarer Anspruch sei, müsse er ein öffentlich-rechtlicher Anspruch und als solcher vor den Verwaltungsjustizbehörden verfolgbar sein, da andernfalls ein rechtloser Zustand vorhanden wäre.

Wenn nun aber die Administrativgerichte dieselben Grundsätze über die Kompetenzfrage ihrerseits befolgt hätten, welche das Königliche Obertribunal zur Anwendung gebracht hatte, so würden dieselben gleichfalls zu einem Inkompetenzbescheid gelangt sein. Da die Administrativbehörden einen rechtlichen Anspruch der Gemeinden auf Fortreichung der sogenannten Almosenbeiträge, abgesehen von dem in den Kreis der civilgerichtlichen Zuständigkeit gehörenden Fall einer Stiftung, also einen auf Gründe des öffentlichen Rechtes gestützten Anspruch nicht als begründet erkannten, wie in den Gründen zu der Entscheidung über die Klage des Stiftungsrathes in Lorch

von dem Königlichen Geheimenrathe hervorgehoben wurde, so hätten sie mit demselben Rechte, mit welchem das Königliche Obertribunal die Unzuständigkeit der Civilgerichte aussprach, auch sich für unzuständig erklären können. Es wären daher in Wahrheit die Gemeinden nicht in der Lage gewesen, eine materielle Entscheidung auf Grund einer processualischen Verhandlung herbeizuführen und es würde hiemit die Beschwerde, daß es an einem Richter über diese angeblichen Ansprüche vollständig fehle, ihre volle Berechtigung erhalten haben, wenn gleich die Inkompetenzerklärungen der Sache nach nichts Anderes, als die Abweisung des Anspruches selbst enthielten.

Wenn man dagegen mit Kübel und der neueren Praxis des Königlichen Obertribunals davon ausgeht, daß, wenn ein Privatrecht oder ein öffentliches Recht behauptet werde und die Möglichkeit eines solchen vorliege, eine Unzuständigkeits-Erklärung des Civilrichters, beziehungsweise des Administrativrichters nicht zu erfolgen habe, auch wenn er sich für die Verneinung dieser Behauptung der Partei ausspreche, so mußte die Zuständigkeit der Administrativgerichte und zwar der Regiminalstellen wohl begründet erscheinen, wie sie schließlich zur Anerkennung gelangte, da die Möglichkeit vorlag, einen Anspruch auf Leistung für Armenzwecke auch außer der oben hervorgehobenen Begründungsart vermöge eines unter der Herrschaft des früheren öffentlichen Rechtes entstandenen Verhältnisses auf einen dem öffentlichen Rechte angehörigen Rechtsgrund zu stützen. Dieß ist denkbar, wenn behauptet wird, daß in Folge geschichtlicher Thatsachen und ein hieran sich anschließendes Herkommen im Sinne eines lokalen Gewohnheitsrechtes die Armenlast einem anderen Rechtssubjekte, als den nach heutigem Rechte verpflichteten Stiftungen oder Gemeinden, z. B. einem früheren Landesherrn, oder dem Rechtsnachfolger eines Klosters obliege oder daß, wie sich die Begründung gegenüber dem Rechtsnachfolger einer geistlichen Körperschaft in der Regel ge-

stalten wird, ein bestimmtes, in öffentlicher oder Privatverwaltung stehendes Vermögen ganz oder zum Theil als örtliches, für Armenzwecke bestimmtes Vermögen, als Armenstiftung im weiteren Sinne, im Sinne des Verwaltungs-Ediktes zu betrachten sei.

Diese Auffassung findet sich nun auch in den Ausführungen des Vertreters des Stiftungsrathes in Lorch wenigstens angedeutet.

Es wird sich zu Begründung des Anspruches auf die dem evangelischen Kirchengute durch die Kirchenordnung von 1559, einer anerkannten Quelle des öffentlichen Rechtes, gegebene Bestimmung, neben der Befriedigung der kirchlichen Bedürfnisse zum Besten der Armen zu dienen, sowie auf die bei der Einziehung des württembergischen Kirchenguts von König Friedrich in dem Generalreskript vom 2. Januar 1806 gemachte Zusage der Verwendung der Einkünfte des Kirchengutes nach seiner fundationsmäßigen Bestimmung berufen, wenn auch zugegeben wird, daß hiemit allein der Anspruch nicht begründet werden könnte. Anschließend an diesen historischen Boden will aus der angeblich seit unvordenklicher Zeit fortgesetzten Leistung ein Herkommen im Sinne eines lokalen Gewohnheitsrechtes hergeleitet werden, vermöge dessen das evangelische Kirchengut und dessen Inhaber, der Staat, in Vertretung der pflichtigen Gemeinde gewisse Leistungen zur Unterstützung der Armen dieser Gemeinde zu machen hätte. Man kann das Vorbringen des Stiftungsrathes auch dahin auffassen, daß er behaupten wolle, das Recht auf die Leistung der geforderten Almosen sei eine aus der allgemeinen Bestimmung des evangelischen Kirchengutes durch die langjährige thatsächliche Prästation gebildete örtliche Armenstiftung im Sinne des Verwaltungsediktes, welche daher diesem Zwecke zu erhalten und deren Erhaltung als eine Frage des öffentlichen Rechtes von den Verwaltungsgerichten zu schützen sei.

Es ist in der obigen materiellen Würdigung dieses

Vorbringens in den Gründen des K. Geheimerathes dargethan, daß diese Behauptungen thatsächlich unbegründet sind; allein zur Begründung der Zuständigkeit des Administrativgerichtes scheint dasselbe nach dem Ausgeführten zu genügen.

Es ist hiemit nicht nur die Zuständigkeit der Verwaltungsjustizbehörden an sich, sondern auch die Zuständigkeit der Regiminalbehörden als Verwaltungsjustizbehörden im Gegensatz zu den den Finanzbehörden zustehenden Verwaltungsentscheidungen dargethan, da, wie in der mehrerwähnten Entscheidung des Königlichen Geheimenrathes vom 19. August 1863 näher ausgeführt ist, die Fürsorge für die Armen nach der Landesgesetzgebung in den Geschäftskreis des Ministeriums des Innern gehört und eben darum ein Streit darüber vorliegt, ob nicht in einem gegebenen Falle in Abweichung von dem gesetzlichen Grundsatze, wonach in Ermangelung der Mittel der örtlichen Stiftungen die Gemeinde einzutreten hat, die Verpflichtung zu hilfsweiser Armenunterstützung kraft besonderer Gründe einem Dritten obliegt.

Wenn nun aber hiernach mit Recht von den Administrativjustizbehörden materielle Erkenntnisse ergingen, so fehlt es doch an einer Entscheidung des Civilrichters, ob nicht eine (privatrechtliche) Stiftung vorliege. Denn, wenn auch diese Frage in den Entscheidungsgründen verneint wurde, so liegt eben ein Erkenntniß des Civilrichters hierüber nicht vor, weil derselbe durch seine Unzuständigkeitserklärung eine Entscheidung abgelehnt hat und es dürfte hiemit in evidenter Weise die Unhaltbarkeit der früheren Thesis des Königl. Obertribunals sich gezeigt haben.

Allerdings knüpft sich hieran von selbst die Frage, ob es nicht konsequent wäre, noch einen Schritt weiter zu gehen und in allen Fällen, in welchen eine Partei einen vor dem Civilrichter verfolgbaren Anspruch zu haben und geltend machen zu wollen behauptet, auch im Falle der

Verwerfung dieser Behauptung durch den Richter eine materielle Entscheidung statt der Inkompetenzerklärung zu verlangen.

Hierauf ist schon früher von Dr. v. Geßler [34] hingewiesen worden. Anschließend an die Darstellung des Aufsatzes von Dr. Kübel bemerkt derselbe, daß man zu einer sicheren Basis nur gelange, wenn die Behauptungen des Klägers auch in rechtlicher Beziehung zur Grundlage für die Annahme der Zuständigkeit macht werden.

Dem Verfasser scheint es gleichfalls nicht ganz folgerichtig zu sein, wenn außer der Behauptung der Partei, daß sie einen privatrechtlichen Anspruch habe und verfolge, ein objektives Kriterium, die thatsächliche Möglichkeit eines solchen, verlangt wird. Abgesehen davon, daß diese thatsächliche Möglichkeit mindestens überall da vorhanden ist, wo der Gegenstand des Streites in einem Vermögensinteresse liegt, läßt sich zu Begründung der Ansicht, daß lediglich die Behauptung der Partei entscheide, Folgendes anführen:

Nach der Entwickelung, welche die Verwaltungsjustiz erhalten hat, gibt es Rechte und Ansprüche, welchen zwar nicht der Schutz des Richters, aber gleichwohl, weil sie nicht der Willkühr der Verwaltung preisgegeben werden sollen, ein dem richterlichen gleicher Schutz zukommt. Diese Rechte und Ansprüche bilden den Gegenstand der Verwaltungs-Rechtspflege. Will man sie dadurch abgrenzen, daß man dahin alle dem öffentlichen Rechte angehörenden Ansprüche und Berechtigungen zählt, so läßt sich hiegegen sachlich Nichts einwenden. Doch ist immerhin denkbar, daß die Entscheidung über einen solchen nach der bisherigen Praxis dem öffentlichen Rechte angehörigen An-

---

[34] Zeitschrift für Staatswissenschaft 1862, Heft 4, S. 732 Note; vergl. über diese Frage: Archiv für praktische Rechtswissenschaft II, S. 4; Brater, Studien zur Lehre von den Grenzen der civilrichterlichen und administrativen Zuständigkeit, §. 13, 14.

ſpruch ausnahmsweiſe aus Gründen der Zweckmäßigkeit dem Civilrichter zugewieſen iſt, wie dieß durch Art. 12 des Komplexlaſten-Ablöſungsgeſetzes vom 19. April 1865 geſchah. [35] Sodann iſt hiemit für die ſchwierige Frage, welche Rechte und Anſprüche ein Gegenſtand des öffentlichen Rechtes ſind, in zahlreichen weniger einfachen Fällen nur ein Anhaltspunkt, keine Entſcheidung gegeben. Es iſt übrigens hier nicht der Ort, hierauf näher einzugehen. Es genügt dieſe allgemeine Abgrenzung, um bezüglich der proceſſualiſchen Behandlung hieraus die ſich von ſelbſt ergebenden Konſequenzen zu ziehen.

Da der Civilrichter nach dieſen Grundſätzen einem dem öffentlichen Rechte angehörenden Anſpruch ſeinen Schutz nicht gewähren kann, ſo verſteht es ſich von ſelbſt, daß er ſeine Zuſtändigkeiten überſchreiten würde, wenn er ſeinerſeits durch eine von ihm ausgeſprochene Zuerkennung eines ſolchen beſtrittenen Anſpruches demſelben ſeinen Schutz verleihen wollte. Allein es muß ebenſo einleuchten, daß jede Entſcheidung des Civilrichters, durch welche er ausſpricht, daß ihm der Schutz des bei ihm verfolgten Anſpruchs nicht zukomme, über eine rein formelle Entſcheidung, wie ſie bei der Abweiſung der Klage wegen Unzuſtändigkeit aus anderen Gründen vorliegt, hinausgeht. Der Ausſpruch der Unzuläſſigkeit des Rechtsweges hat zu ſeiner Vorausſetzung, daß der Richter ſich überzeugt hat, es ſtehe dem Kläger überhaupt oder zur Zeit ein vor dem Civilrichter verfolgbarer Anſpruch nicht zu. Eine ſolche Entſcheidung iſt eben deßhalb nicht möglich ohne eine materielle Würdigung des Vorbringens der Partei. Ein ſchlagendes Beiſpiel hiefür bieten die oben mitgetheilten Entſcheidungsgründe in den Almoſenprozeſſen, in welchen eine eingehende Würdigung des geſammten materiellen Vorbringens nothwendig erſchienen, um ſchließlich

---

[35] Vergl. Verhandlungen d. K. d. Abg. von 1862/65; III. Prot. Bd., S. 2009, 2016.

zu einer blos formellen Unzuständigkeitserklärung zu gelangen. Diese Würdigung ist nicht auf die Frage beschränkt, ob, wenn die thatsächlichen Behauptungen des Klägers erwiesen wären, ein privatrechtlicher Anspruch denkbar sei, sondern sie kann sich ebenso auf die Untersuchung der Frage zu erstrecken haben, ob diejenigen Thatsachen, welche ein privatrechtlicher Anspruch zu seiner Voraussetzung hätte, erwiesen oder erweisbar seien. Durch die Erkennung der Unzulässigkeit des Rechtsweges wird daher stets in Wirklichkeit nicht nur eine gerichtliche Verhandlung, die Prüfung der Klage und eine Entscheidung über sie abgelehnt, was das Wesen der Unzuständigkeits-Erklärung ist, sondern es wird insofern eine materielle Entscheidung gegeben, als das Bestehen eines vor dem Civilrichter verfolgbaren Anspruches verneint wird. Man sollte daher glauben, daß diese Entscheidung des Richters sich stets auch in der Form als eine materielle Abweisung der Klage darstellt, sofern überhaupt der Kläger nicht nur der Klage die falsche Adresse gegeben, sondern behauptet hat, ein den Schutz des Civilrichters genießendes Recht zu haben und verfolgen zu wollen. Ob diese Behauptung aus thatsächlichen oder rechtlichen Gründen zu verwerfen ist, sollte hiebei einen Unterschied nicht begründen. Selbst in dem Falle, wenn sich die betreffende Behauptung auf den ersten Blick, weil der Gegenstand des Anspruches an sich schon nicht Gegenstand eines Privatrechtes sein kann, als unrichtig darstellt, liegt eine materielle Entscheidung insofern vor, als die einmal aufgestellte Behauptung eines Privatrechtes von dem Richter verneint, die Klage auf Grund einer Würdigung ihres wesentlichen Inhalts abgewiesen wird.

Sachlich ist in diesem Falle ebenso, wie in den übrigen Fällen, das Urtheil des Civilrichters, daß die rechtliche Auffassung des Klägers zu verwerfen sei und der Unterschied liegt nur darin, daß da, wo der Gegenstand der Klage an sich schon nicht Gegenstand eines Privatrechtes sein kann, der Richter ohne weitere Verhandlung in der

Lage wäre, die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges abzuweisen. Dieß konnte processualisch nach dem früheren Verfahren eine abweichende Behandlung rechtfertigen. In dem neuen Verfahren dagegen gibt dieß keinen Anlaß zu einer exceptionellen processualischen Behandlung, wie unten noch zu zeigen ist.

Von einem Eingriff in die Jurisdiktion der Verwaltungsbehörden könnte auch bei dieser Behandlung keine Rede sein. Denn durch eine solche negative Entscheidung des Civilrichters ist über das Dasein oder Nichtdasein eines vor dem Verwaltungsgerichte verfolgbaren Anspruches nichts entschieden, mithin auch in die Kompetenz der Verwaltungsgerichte nicht eingegriffen.

Für diese Ansicht dürfte eine weitere Erwägung sprechen, welche aus der Behandlung der sogenannten negativen Kompetenz-Konflikte [36] hergenommen ist.

Wenn und so lange die Gerichte im Falle der Unzulässigkeit des Rechtsweges nur ihre Unzuständigkeit aussprechen und die Klage nicht materiell abweisen, ist die Möglichkeit eines negativen Kompetenz-Konfliktes und insolange auch die Nothwendigkeit, denselben durch eine Entscheidung des Staatsoberhauptes zu lösen, gegeben. Allein das Mißliche dieser Theorie liegt in dem Widerspruche, in welchen dieselbe unmittelbar mit dem Grundsatze der Unabhängigkeit der Rechtsprechung tritt, ein Widerspruch, welcher bei der Entscheidung eines positiven Kompetenz-Konfliktes niemals denkbar ist und welcher bei den negativen Kompetenz-Konflikten nur auf einem eigenthümlichen Umwege seine Lösung findet.

Da die Erkennung der Unzulässigkeit des Rechtsweges, wie gezeigt, die materielle Verneinung eines civilrechtlichen Anspruches ist, so wird in dem Falle, wenn der negative Kompetenz-Konflikt im Sinne der Zulässigkeit des Rechtsweges entschieden wird, dem Richter eine mit seiner ma-

[36] Württembergisches Archiv, Bd. 4, S. 333 u. f.

teriellen Ansicht im Widerspruche stehende rechtliche Auffassung zunächst aufgedrängt. Da der Civilrichter jedoch, wofern er sich nicht von dem Dasein eines vor ihm verfolgbaren Rechtes überzeugt, abgesehen von besonderen Ausnahmsfällen (Note 35) demselben seinen Schutz nicht gewähren kann, wenn er auch die Ueberzeugung von dem Dasein eines zu schützenden öffentlich-rechtlichen Anspruches gewonnen hat, so kann die Folge einer solchen Entscheidung des negativen Kompetenz-Konfliktes in diesem Falle immer nur die sein, daß der Richter nunmehr in der Form einer materiellen Entscheidung dasselbe ausspricht, was er zuvor in der Form einer formellen Inkompetenz-Erklärung ausgesprochen hat. Es dürfte sich hieran von selbst die Frage knüpfen, ob es nicht richtiger wäre, daß der Civilrichter in allen solchen Fällen, in welchen er sich von dem Dasein eines vor ihm verfolgbaren Anspruches nicht überzeugt, weil sich derselbe, wenn begründet, als ein öffentlich-rechtlicher Anspruch darstellt, die Klage materiell abweist.

Der einzige Grund, auf welchem die frühere Praxis beruhte, lag in der richtigen Erkenntniß, daß es dem Richter, abgesehen von besonderen gesetzlichen Ausnahmen, nicht zustehen kann, in das Gebiet des öffentlichen Rechtes überzugreifen. Allein ein solcher Uebergriff liegt, wie schon oben bemerkt, niemals vor, wenn der Richter die Klage abweist, weil er sich von dem Dasein eines vor ihm verfolgbaren Anspruches nicht überzeugt hat.

Man kann hiegegen nicht einwenden, daß aus seinem Rechte, über die Klage durch Abweisung zu entscheiden, auch sein Recht zu Gunsten derselben zu erkennen, folgen würde. Denn die Abweisung der Klage hindert den Kläger nicht, denselben Anspruch bei dem Administrativrichter zu verfolgen, während die Zuerkennung eines öffentlich-rechtlichen Anspruchs durch den Civilrichter vermöge der Rechtskraft seiner Entscheidung jede Thätigkeit des Administrativrichters ausschließen würde.

Bei dieser Behandlung wären die sogenannten nega-

tiven Kompetenz-Konflikte beseitigt und der Forderung, daß Jedem wegen vermeintlicher privatrechtlicher Ansprüche der Weg zum Civil-Richter offen stehen müsse, in so weit genügt, als hiemit der Civil-Richter auf das Anrufen einer Partei wenigstens genöthigt werden könnte, sich darüber auszusprechen, daß derselben ein privatrechtlicher Anspruch nicht zustehe. Andererseits würde allerdings, wenn der Richter im Widerspruch mit der bestehenden Gesetzgebung und der Ansicht der Verwaltungsbehörden zu Gunsten eines bei ihm verfolgten, dem öffentlichen Rechte angehörigen Anspruches erkennen würde, von demselben in einer unzulässigen Weise in ein ihm nicht zustehendes Gebiet übergegriffen. Allein dieß kann vorkommen, mag man den Grundsatz, daß der Richter in dem Falle, daß er sich von dem Dasein eines Privatrechtes nicht überzeugt habe, eine materielle Entscheidung abgibt, im Sinne der gegenwärtigen Praxis des Königlichen Obertribunals beschränken oder nicht. Processualisch hat auch im letzteren Falle die Sache keine Schwierigkeit. Nur wird allerdings sich die Verhandlung verschieden gestalten, je nachdem die Möglichkeit eines Privatrechtes objektiv nach der Auffassung des Richters vorliegt, und je nachdem die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges von einer Partei vorgeschützt wird oder nicht, so lange nach den Prozeßgesetzen diese Einrede [37] als eine prozeßhindernde Einrede zu behandeln ist.

Wird die prozeßhindernde Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges vorgeschützt und die abgesonderte Ver-

---

[37] Die sogenannte Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges ist keine Einrede im civilistischen Sinne, sondern eine negative Streiteinlassung in einer bestimmten Richtung und ihre Einreihung in die prozeßhindernden Einreden hätte, nachdem die Eventualmaxime durch die Anerkennung der Trennbarkeit einzelner Streitpunkte (207, 208, 354, 356 der Civil-Prozeß-Ordnung) modifizirt ist, füglich aufgegeben werden können.

handlung beantragt, so beschränkt sich nach der Württembergischen Civil-Prozeß-Ordnung, Art. 346, dieselbe auf die hiedurch angeregte Frage, ob der den Gegenstand des Streites bildende Anspruch vor dem Civilrichter verfolgbar sei.[38] Ueberzeugt sich nun der Civilrichter schon hiedurch, daß ein vor ihm verfolgbarer Anspruch nicht vorliege, so dürfte der Umstand, daß das Prozeß-Gesetz die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges als eine prozeßhindernde bezeichnet, nicht im Wege stehen, durch ein materielles Endurtheil die Klage sofort abzuweisen, und der Unterschied zwischen den Fällen, daß ein behaupteter Privatrechtsanspruch möglich ist oder nicht, liegt nur in der längeren oder kürzeren Schlußreihe, durch welche der Richter zu diesem Ergebniß gelangt. Erachtet jedoch der Richter die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges nicht für begründet, so verwirft er dieselbe und ordnet die weitere Verhandlung an, in welchem Falle der positive Kompetenz-Konflikt, sofern die übrigen Voraussetzungen vorliegen,[39] erhoben werden kann. Wird aber in diesem Stadium der Kompetenz-Konflikt nicht erhoben oder wird die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges nicht vorgeschützt oder wenigstens die Verhandlung in der Sache selbst auf Antrag oder von Amtswegen (Art. 346 der Civil-Prozeß-Ordnung) nicht ausgesetzt, und würde der Richter im Widerspruche mit der bestehenden Gesetzgebung und der Ansicht der Verwaltungsbehörden alsdann zu Gunsten eines dem öffentlichen Rechte angehörigen Anspruches erkennen, so würde in dem Falle, wenn an sich die Möglichkeit eines

---

[38] Der norddeutsche Entwurf der Civil-Prozeß-Ordnung enthält abweichend von der württembergischen Civil-Prozeß-Ordnung die zweckmäßige Bestimmung, daß das Gericht auf Antrag des Klägers die Verbindung der Verhandlung und Entscheidung hierüber mit der Verhandlung und Entscheiduug in der Hauptsache anordnen kann.

[39] Vergl. dieses Archiv, Bd. IV, S. 333 u. f.

privatrechtlichen Anspruches vorliegt, die rechtliche Beurtheilung dieselbe sein, wie in dem Falle, wenn ein solcher ohne diese (von dem Richter allerdings irrthümlich angenommene) Möglichkeit von der Partei behauptet wäre. Es würde in beiden Fällen die Frage entstehen, ob das Urtheil, wenn es die Rechtskraft beschritten hätte, wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges auf dem Wege des Kompetenz-Konflikts noch angefochten werden könnte.

Nach dem preußischen Rechte ist diese streitig gewesene Frage durch das Gesetz vom 8. April 1847 zu Gunsten der Aufrechterhaltung der Auktorität der Richtersprüche verneinend entschieden.[40] Nach württembergischem Rechte wird man die Frage an der Hand der Civil-Prozeß-Ordnung entscheiden müssen. Nach Art. 733 kann jedes rechtskräftige Urtheil mit der Nichtigkeitsklage angefochten werden, wenn der Gegenstand des Rechtsstreites zum gerichtlichen Verfahren nicht geeignet ist. In dem gegebenen Falle muß daher die Nichtigkeitsklage binnen eines Monates (Art. 738) erhoben werden und es wird nicht bezweifelt werden können, daß, wenn vor Erledigung der Nichtigkeitsklage auch der Kompetenz-Konflikt erhoben und durch Entschließung des Staats-Oberhauptes gegen die Zulässigkeit des Rechtsweges entschieden ist, der Richter, welcher über die Nichtigkeitsklage zu entscheiden hat, hieran gebunden ist.

Wie man aber auch diese Frage entscheiden mag, so viel dürfte aus dieser Ausführung hervorgehen, daß auch keine processualischen Bedenken der Annahme des Grundsatzes im Wege stehen, daß die Behauptungen des Klägers auch in rechtlicher Beziehung zur Grundlage für die Annahme der Zuständigkeit des Civilrichters zu nehmen sind und daß derselbe, wenn er die Behauptung eines vor ihm verfolgbaren Anspruches verwirft, dieß in der Form einer materiellen Entscheidung ohne Unterschied, ob die Möglichkeit eines solchen Anspruches an sich vorliegt oder nicht, auszusprechen hat.

[40] v. Rönne, Preußisches Staatsrecht II, S. 263, Note 6, b.

3) Beweis der unehelichen Vaterschaft durch Geständniß.

(Rechtsfall.)

Von Herrn Justizassessor Gustav Pfitzer.

Sophie K. von F. gebar am 17. Dezember 1869 ein uneheliches Kind und erhob bald darauf gerichtliche Klage gegen Jakob B. von F. auf Anerkennung der Vaterschaft und Reichung von Alimenten.

In der oberamtlichen Scortations-Untersuchung hatte die Klägerin angegeben, sie habe sich mit dem Beklagten im Februar 1869 vergangen und sei seit dieser Zeit schwanger. Bei den Verhandlungen vor dem Oberamts-Gericht F. erklärte dieselbe, sie sei zu Ende April von ihrer Schwangerschaft überzeugt gewesen, sie habe im April, übrigens auch noch später, mit dem Beklagten Umgang gehabt.

Der Beklagte gab zu, daß er mit der Klägerin sich vergangen habe, und zwar am 9. und 18. Mai, also innerhalb der sogen. kritischen Zeit (21. Febr. bis 19. Juni), bestritt aber seine Vaterschaft, weil die Klägerin über ihre Schwangerschaft verschiedene Angaben gemacht und er auch Grund habe, anzunehmen, daß sie sich mit anderen Mannspersonen eingelassen habe. Eine förmliche Einrede stellte er in letzterer Richtung nicht auf.

Der klagende Anwalt wurde zum Beweis des Klagvorbringens aufgefordert, trat aber einen solchen nicht an, indem er behauptete, durch das Geständniß des Beklagten sei dessen Vaterschaft erwiesen.

Das Oberamtsgericht erkannte auf Abweisung der Klage, indem es sagte: die Klägerin habe zu beweisen gehabt, daß der Beschuldigte mit ihr damals schon, wo sie schwanger geworden sein will, nämlich Ende April 1869 geschlechtlichen Umgang gepflogen; diesen Beweis habe sie nicht erbracht, und könne derselbe auch nicht in dem Ge-

ständniß des Beklagten, im Mai sich mit ihr vergangen zu haben, liegen.

Gegen dieses Urtheil ergriff die Klägerin die Berufung an den Kreisgerichtshof R. Hier wurde von beiden Partheien im Wesentlichen das in I. Instanz Vorgetragene wiederholt; der klagende Anwalt machte nur noch geltend, daß die Klägerin sich über den Beginn der Schwangerschaft leicht habe täuschen können, daß daher das Kind auch aus einem erst im Mai erfolgten Umgang herrühren könne. Eventuell wurde dem Beklagten der Eid darüber zugeschoben, daß er nicht auch schon im April mit der Klägerin Umgang gehabt habe. In Betreff einer möglichen Täuschung über den Beginn der Schwangerschaft wurde beklagter Seits darauf hingewiesen, daß bei einer Mitte Dezember erfolgten Geburt die Wahrscheinlichkeit gerade für eine im April erfolgte Empfängniß sei.

Der Kreisgerichtshof änderte das Urtheil des Oberamtsgerichtes ab und verurtheilte den Beklagten unbedingt der Klagbitte gemäß. Die Gründe dieses Erkenntnisses sind wörtlich folgende:

„Da Beklagter zugibt, mit der Klägerin in der kritischen Zeit, nämlich innerhalb der Zeit vom 21. Februar bis 19. Juni 1869 geschlechtlichen Umgang gepflogen zu haben, so folgt daraus kraft gesetzlicher Vermuthung, daß Beklagter als Vater des von der Klägerin am 17. Dezbr. 1869 geborenen Kindes zu betrachten ist. Wann innerhalb der kritischen Zeit der Beischlaf stattfand, ist an sich ganz gleichgiltig, da ein Beischlaf aus jeder Zeit innerhalb jener Periode die gesetzliche Vermuthung der Vaterschaft begründet.

Es ist daher der vorliegende Widerspruch der Partheien über die nähere Zeit des Beischlafes an sich völlig bedeutungslos, indem, mag die diesfallsige Behauptung der einen oder der andern Parthie richtig sein, durch das Geständniß des Beklagten, innerhalb der kritischen Zeit sich mit der Klägerin vergangen zu haben, die Vaterschaft unter allen

Umständen erwiesen ist. — Wie trügerisch aber der Schluß ist, mittelst dessen Beklagter eine weitergehende Beweislast auf die Klägerin wälzen will, leuchtet sofort ein, wenn man erwägt, daß es dem Beschuldigten nicht gestattet sein kann, mit der Behauptung, erst im Mai Umgang gehabt zu haben, zugleich die Angabe der Klägerin betreffs einer schon im April eingetretenen Schwangerschaft zu verbinden und Beides als Waffe gegen sie zu gebrauchen, indem ja jene Angabe der Klägerin blos auf eine von dem Beklagten herrührende Schwangerschaft sich bezieht und beziehen kann, und sich daher mit der eigenen Aufstellung des Beklagten nicht vereinen läßt. Entweder muß der Beklagte die Angabe der Klägerin ganz so wie sie lautet, in ihrem vollen Umfang hinnehmen, alsdann ist aber ja erwiesen, daß er schon Ende April mit ihr Umgang gehabt hat, oder muß er von jener Angabe betreffs der Schwangerschaft ganz absehen, alsdann steht seine Behauptung, erst im Mai Umgang gehabt zu haben, eben der der Klägerin, schon im April Umgang gehabt zu haben, lediglich gegenüber und es ist oben schon gezeigt worden, daß ein solcher Widerspruch völlig bedeutungslos ist.

Eine selbstständige Bedeutung hätte letzterer nur, wenn Beklagter gegenüber dem Klagvorbringen eine Einrede, z. B. die Einrede mehrerer Zuhälter erheben wollte und diese dadurch motiviren würde, daß die Klägerin schon Ende April schwanger geworden sei (was aber durch den Beklagten nach dem Angeführten unabhängig von der Angabe der Klägerin betreffs ihrer Schwangerschaft zu erweisen wäre), er aber erst im Mai sich mit ihr eingelassen habe, daraus von selbst folge, daß Klägerin sich in der kritischen Zeit noch mit Andern abgegeben habe; allein da Beklagter jene oder eine andere Einrede weder ausdrücklich geltend gemacht, noch sonst deutlich zu erkennen gegeben hat, daß er ihre Berücksichtigung verlange, so war auf dieselben nicht einzugehen (Art. 175 der Civil-Prozeß-Ordnung, Komm.-Bericht, S. 202—206), woraus die

Nichtbeachtung des hervorgehobenen Widerspruches der Partheien von selbst folgt. Uebrigens hat ja die Klägerin von Anfang auch behauptet, sie habe mit dem Beklagten noch nach Ende April Umgang gepflogen, und da der Natur der Sache nach sie sich über die Zeit der Empfängniß täuschen konnte, so ist es gar wohl möglich, daß ihre Schwangerschaft aus der Zeit, zu welcher Beklagter den Beischlaf zugab, herrührte, so daß zwischen den beiderseitigen Angaben nicht einmal ein wahrer Widerspruch vorhanden erscheint."

Bei der großen praktischen Bedeutung dieser Entscheidung des Gerichtshofes erlaubt sich der Verfasser die wesentlichen Bedenken, welche sich gegen die Gründe des Gerichtshofes aufdrängen, in Folgendem auszuführen.

Die Grundlage des kreisgerichtlichen Urtheiles ist die „gesetzliche Vermuthung," daß derjenige der Vater eines unehelichen Kindes sei, der mit der Mutter während der sogenannten kritischen Zeit geschlechtlichen Umgang gehabt hat.

Eine solche gesetzliche Vermuthung besteht aber weder nach gemeinem, noch nach württembergischem Recht.

Für eheliche Kinder besteht allerdings die gesetzliche Vermuthung, daß ein Kind als ehelich zu betrachten ist, wenn es am 182ten Tag nach Eingehung oder am 300ten Tag nach Auflösung der Ehe geboren ist. Würde einem Ehemann im siebenten Monat der Ehe ein vollkommen reifes Kind geboren, welches er nicht als das seinige anerkennen wollte, weil er vor Eingehung der Ehe mit seiner Frau keinen Umgang gehabt habe, das Kind aber schon vor 9 Monaten gezeugt worden sein müsse, und würde die Mutter behaupten, sie sei schon schwanger gewesen bei Eingehung der Ehe, so würde hier ein ähnlicher Widerspruch vorliegen, wie in unserem Rechtsfall; und dieser Widerspruch wäre wegen der Rechtsvermuthung „pater est quem nuptiae demonstrant" nicht zu beachten. [1]

[1] Vergl. jedoch württ. Archiv, Bd. X, S. 1 ff. (Die Red.)

Diese Rechtsvermuthung geht von der Annahme aus, daß ein Kind frühestens am 182ten und spätestens am 300ten Tag nach der Zeugung lebensfähig geboren werde, und diesem physiologischen Satz hat das römische Recht in Anwendung auf eheliche Kinder unbedingte Geltung zuerkannt.

Daß auch bei der Frage nach der unehelichen Vaterschaft jene Termine entscheidend seien, ist ziemlich allgemein anerkannt, nur wird die Zulässigkeit des Gegenbeweises gegen die Vaterschaft aus dem Reifegrad des Kindes sehr vielfach, namentlich auch vom württembergischen Obertribunal statuirt. [2]

Darüber aber, was aus einem erwiesenen Umgang während der kritischen Zeit zu folgern sei, herrscht unter den Lehrern des gemeinen Rechtes wie in der Praxis der deutschen Gerichte Streit. Die eine Lehre, namentlich vom Berliner Obertribunal vertreten, [3] leitet aus dem konstatirten Umgang die unbedingte Verpflichtung zur Alimentation ab; damit ist diese Verpflichtung nicht mehr eine Folge der Vaterschaft, sondern eine Folge der Möglichkeit der Vaterschaft, m. a. W. schon eine Folge des stattgehabten Umgangs, und eine unabweisbare Konsequenz hieraus ist es, daß ein uneheliches Kind nach Umständen mehrere Männer freilich nicht als Väter, aber doch auf Reichung von Alimenten belangen kann, wie dieß auch im k. sächs. bürgerl. Gesetzbuch, §. 1872, ausgesprochen ist.

Die andere Lehre, vertheidigt namentlich von Vangerow, Lehrbuch, §. 260, folgert aus dem erwiesenen Umgang nichts Weiteres, als eben die Möglichkeit der Vaterschaft, die Alimentationspflicht macht sie abhängig von der Wirklichkeit der Vaterschaft; diese Lehre, welche auch dem württ. Gesetz vom 5. Sept. 1839, Art. 28, zu Grund liegt, schließt daher die Alimentationsverbindlichkeit aus,

---

[2] Seuffert, Archiv, Bd. XX, Nr. 9.
[3] Seuffert, Archiv, Bd. XVI, Nr. 117.

wenn die Vaterschaft zweifelhaft und unerwiesen ist, namentlich also, wenn die Mutter des Kindes in der kritischen Zeit mit Mehreren Umgang gehabt hat.

Von einer gesetzlichen Vermuthung im strengen civilrechtlichen Sinn — praesumtio juris et de jure — vermöge deren Etwas, was blos wahrscheinlich ist, als volle juristische Gewißheit angenommen wird mit Ausschluß eines jeden Gegenbeweises, ist hienach weder bei der ersten (und zwar hier am wenigsten), noch bei der zweiten Lehre die Rede. Dagegen muß allerdings anerkannt werden, daß mit dieser zweiten Lehre eine andere Art, so zu sagen eine processualische Rechtsvermuthung verbunden ist: der Klagegrund der Alimentenklage ist die Vaterschaft des Beklagten; diese wäre also nach strengem Rechte von der klägerischen Partei zu erweisen, es wäre zu beweisen, daß kein Anderer als der Beklagte der Vater sein könne, daß also namentlich die Mutter des Kindes in der kritischen Zeit mit keinem andern Mann Umgang gehabt habe. Die Führung dieses Beweises ist aber so gut wie unmöglich, und deßhalb muß, wenn die Gesetzgebung überhaupt die Paternitätsklage zulassen will, der Mutter dieser Beweis erlassen und sich darauf beschränkt werden, den angeblichen Vater zum Gegenbeweis der nun sogenannten exceptio plurium concumbentium zuzulassen.

Diese Vertheilung der Beweislast hat zur Folge, daß die klagende Mutter oder Pflegschaft anstatt, wie es zur Begründung der Klage nothwendig wäre, zu behaupten: „Klägerin habe in der kritischen Zeit mit dem Beklagten und mit keinem anderen Mann Umgang gehabt," sich begnügt zu sagen: „Beklagter habe mit der Klägerin in der kritischen Zeit Umgang gehabt und sei deßhalb der Vater des Kindes;" der Beklagte aber muß, um zu jenem Gegenbeweis überhaupt zugelassen zu werden, erst seinerseits die Behauptung aufstellen, Klägerin habe in der kritischen Zeit auch mit Anderen Umgang gehabt; unter-

läßt er dieſe Behauptung, ſo wird er als Vater angeſehen und verurtheilt.

In unſerem Fall war es der Klägerin überlaſſen, ob ſie die Zeit, zu welcher ſie ſchwanger geworden, nur im Allgemeinen angeben oder genau bezeichnen wollte. Es hätte für genügend gehalten werden müſſen, wenn ſie geſagt hätte, ſie habe während der kritiſchen Zeit, auch noch im Mai, aber auch ſchon früher mit dem Beklagten Umgang gehabt und ſei hiedurch ſchwanger geworden, wiſſe aber nicht genau zu ſagen wann. Hätte ſich der Beklagte hierauf ſo wie geſchehen eingelaſſen, ſo hätte er nach dem oben Ausgeführten verurtheilt werden müſſen. Eines aber war unter allen Umſtänden zur Klagebegründung nothwendig: die Klägerin mußte behaupten, ſie habe mit dem Beklagten Umgang gehabt, ehe ſie ſchwanger geworden ſei, und wenn dieß beſtritten wurde, mußte ſie es beweiſen; denn dieſe Behauptung gehört zum Klagegrund.

Nun aber hat die Klägerin erklärt: ſie habe ſich ſchon im April ſchwanger gefühlt, und dieß iſt vollkommen wahrſcheinlich, denn bei normaler Schwangerſchaft muß die Empfängniß in die zweite Hälfte des März gefallen ſein; eine Täuſchung der Klägerin über den Beginn ihrer Schwangerſchaft, auf deren Möglichkeit der klagende Anwalt in II. Inſtanz ſich berufen hat und die Entſcheidungsgründe des Gerichtshofes Bezug nehmen, iſt deßhalb von vorn herein ſehr unwahrſcheinlich, zumal klagender Seits nie behauptet worden iſt, daß das Kind unreif zur Welt gekommen ſei.

Der Beklagte ſeinerſeits behauptet, daß er erſtmals erſt am 9. Mai mit der Klägerin Umgang gehabt habe (wonach das Kind, wenn von ihm erzeugt, ſchon im Beginn des 8. Monats geboren worden wäre).

Nimmt man dieſe Behauptungen beider Partheien als wahr an, ſo kann der Beklagte ſchlechterdings nicht der Vater des Kindes ſein; und wenn die Klägerin die Behauptung des Beklagten: „Ich habe erſt im Mai mit Dir

Umgang gehabt," gelten läßt und sich mit diesem „Zugeständniß" beruhigt, so hätte sie eben so gut selbst erklären können: „Ich habe in der kritischen Zeit auch mit anderen Mannspersonen als mit dem Beklagten Umgang gehabt."

Denn allerdings konnte sie sich über den Beginn der Schwangerschaft täuschen, allein darüber war eine Täuschung bei ihr nicht möglich, daß sie schon im April hätte schwanger sein können, m. a. W., daß sie schon im April geschlechtlichen Umgang in einer Weise gehabt hat, welche die Schwangerschaft zur Folge haben konnte. Ein solcher Umgang ist durch ihre Behauptung unter allen Umständen konstatirt, und wenn sie den Beklagten als Vater belangt, so muß sie nothwendig behaupten und im Fall des Widerspruches beweisen, daß der Mann, mit dem sie nach ihrer eigenen unverwerflichen Aussage im April Umgang gehabt hat, Niemand anders war, als eben der Beklagte. Stellt sie diese Behauptung nicht auf und führt sie diesen Beweis nicht, so ist ihre andere Behauptung, daß sie im April von ihrer Schwangerschaft überzeugt gewesen sei, ein anticipirtes Geständniß der Einrede der mehreren Zuhälter, oder — dem oben über die processualische Rechtsvermuthung Ausgeführten entsprechend besser ausgedrückt — eine Selbstverneinung des eigenen Klagegrundes, in Folge deren sie, selbst wenn Beklagter gar nicht auf die Klage geantwortet hätte, auf Grund der Civil-Prozeß-Ordnung, Art. 389, Abs. 3, abgewiesen werden müßte.

Die Einlassung des Beklagten bestand in einfacher Verneinung des Klagegrundes, und es kann aus dieser Art der Einlassung dem Beklagten gewiß nicht der Vorwurf gemacht werden, „er habe hiedurch eine weitergehende Beweislast auf die Klägerin wälzen wollen." Die Beweislast der Klägerin war stets dieselbe, sie hatte nichts Weiteres zu beweisen, als daß sie mit dem Beklagten Umgang gehabt habe zu der wahrhaft kritischen, entscheidenden Zeit, zu der Zeit, wo nach ihrer eigenen Behauptung das Kind empfangen worden ist.

Woher endlich die Verpflichtung des Beklagten abgeleitet wird, „entweder die Angabe der Klägerin ganz so, wie sie lautet, in ihrem vollen Umfang hinzunehmen oder aber von der Angabe der Klägerin betreffs der Schwangerschaft ganz abzusehen," ist vollends nicht klar. Die Klägerin hat nebeneinander die zwei von einander ganz unabhängigen Behauptungen aufgestellt: „Ich bin im April schwanger geworden" und: „Ich habe während der kritischen Zeit, d. h. zwischen dem 21. Februar und 19. Juni mit dem Beklagten Umgang gehabt." Der Beklagte aber war vollständig befugt, erstere Behauptung zuzugestehen, bezw. so weit sie ihm nützlich war, zu acceptiren, die zweite Behauptung aber ganz oder theilweise zu bestreiten und der Klägerin die Beweisführung für den bestrittenen erheblichen Theil zu überlassen; die Ungeschicklichkeit des Gegners im Angriff oder in der Vertheidigung zu benützen, hat im Streit der Waffen wie im Streit des Rechtes noch stets für erlaubt gegolten.

Besteht nun die dem kreisgerichtlichen Urtheil zu Grunde gelegte gesetzliche Vermuthung nicht, so hätte es sich in II. Instanz nur noch fragen können, ob der Eideszuschiebung an den Beklagten noch stattzugeben war.

4) Die Verleihung der juristischen Persönlichkeit an milde und andere denselben gleichstehende Stiftungen.

Ueber die bestrittene Frage, ob milde Stiftungen zu Erwerbung der juristischen Persönlichkeit der Verleihung derselben durch die Staatsgewalt bedürfen, haben in neuester Zeit zwischen dem K. Justizministerium und dem Ministerium des Kirchen- und Schulwesens weitere Verhandlungen stattgefunden, deren Ergebniß die Festhaltung der bisherigen Praxis [1] war. Ueber den Anlaß und den Abschluß dieser

[1] Vergl. Boscher, Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit, Bd. XII, S. 204 u. f.

Verhandlungen ist zum Verständniß der den Gegenstand nach beiden Seiten erörternden Ausführungen, welche zufolge besonderer Ermächtigung unten veröffentlicht werden, Folgendes voranzuschicken:

In einer an das K. Justizministerium unter dem 15. August 1869 ergangenen Note machte das K. Ministerium des Kirchen- und Schulwesens die Mittheilung, daß im Einklang mit der von dem Justizministerium mittelst Note vom 7. Febr. 1856 aus Anlaß der Behandlung der Kaulla'schen Familienstiftung ausgesprochenen Ansicht bei den in dem Kultministerium nicht selten vorkommenden Stiftungen für Studien und sonstige wissenschaftliche Zwecke in der Regel nicht nur die dienstliche Erlaubniß an die dem Ministerium untergebenen Behörden zur Annahme der Stiftung in die ihr von dem Richter zugedachte Verwaltung und Beaufsichtigung der Stiftung ertheilt, sondern auch für letztere selbst nach Rücksprache mit dem Justizministerium die Genehmigung des Staatsoberhauptes mit der Wirkung der Ertheilung der juristischen Persönlichkeit eingeholt und Solches an die zur Verwaltung und Aufsichtsführung bestimmte Behörde ausgeschrieben worden sei. Daneben seien jedoch auch einige Fälle vorgekommen, in welchen eine abweichende Behandlung stattgefunden habe und nicht die höchste Genehmigung für die Stiftung selbst nachgesucht, sondern nur der betreffenden Behörde die Ermächtigung zur Annahme der Stiftung in Aufsicht und Verwaltung ertheilt worden sei. Um in dieser nicht unwichtigen Frage eine gleichmäßige und feste Behandlung herbeizuführen, sei von einem neueren Spezialfalle (der Roedinger'schen Stiftung für Studienzwecke) Anlaß genommen worden, die Frage bei der akademischen Behörde, in deren Geschäftskreise am häufigsten solche Stiftungen vorkommen, zur Sprache zu bringen. Das Ergebniß des hierauf von der juristischen Fakultät am 2. Juni 1869 erstatteten Gutachtens gehe dahin, daß zur rechtlichen Begründung der fraglichen Stiftungen Staatsgenehmigung

nicht nothwendig sei und daß es auch nicht räthlich sei, diese Stiftungen, um für alle Fälle sicher zu gehen, der Staatsgenehmigung zu unterstellen, indem auf diese Weise sich ein Usus bilden würde, der an und für sich unrichtig, zugleich möglicherweise eine Reihe von Stiftungen, welche ohne jene Staatsgenehmigung errichtet worden, in ihrer rechtlichen Existenz gefährden könnte. Im Hinblick auf dieses von der bisherigen Ansicht des Justizministeriums abweichende Gutachten werde dasselbe um gefällige Aeußerung ersucht.

Das Justizministerium sprach sich in der unter dem 31. Dezember 1869 ergangenen Erwiederungsnote für die Festhaltung an der bisherigen Praxis aus, worauf das Ministerium des Kirchen- und Schulwesens mit Note vom 2. November 1869 die Mittheilung machte, daß es sich auch seinerseits im Anschlusse an die in dieser Erwiederung entwickelten Ansichten und hauptsächlich im Hinblick auf die entschiedene bisherige Praxis dafür entschieden habe, an dem Erfordernisse landesherrlicher Genehmigung für neu zu begründende Stiftungen festzuhalten und in Folge hievon nachträglich, jedoch mit Rückbeziehung auf den Zeitpunkt der Errichtung der Stiftung, die höchste Genehmigung für die beiden hierher gehörigen Fälle, (Stiftung des Staatsraths v. Ludwig an der Universität Tübingen und Stiftung der Hofräthin v. Dannecker an der Kunstschule) eingeholt habe, welche durch höchste Entschließung vom 31. August 1869 ertheilt worden sei. [2]

1) Gutachten der Juristenfakultät in Tübingen.

Das Königl. Ministerium des Kirchen- und Schulwesens fragt, ob die ꝛc. Rödinger'sche und die Ludwig'sche Stiftung zu ihrer Rechtsbeständigkeit nicht etwa der landes-

[2] Eine Veröffentlichung in dem Regierungsblatt ist nicht erfolgt.

herrlichen Genehmigung bedürfen, und ob nicht, um unter allen Umständen sicher zu gehen, es sich empfehlen dürfte, eine neu zu errichtende Stiftung als solche der Staatsgenehmigung zu unterstellen.

Was nun

1) jene beiden obengenannten Stiftungen zunächst im Allgemeinen anlangt, so kann nicht verkannt werden, daß in beiden Fällen keine bloße Schenkung an die Universität oder an eine Fakultät, sondern in jedem derselben eine selbstständige Stiftung, die Gründung eines für sich selbst und von allen Universitäts- und Fakultätsvermögen getrennt dastehenden Vermögensfonds vorliegt. Nur eventuell, für den Fall nämlich, daß die von dem Stifter zum Stiftungsgenuß berufenen Familien aussterben sollten, wird in §. 7 der v. Ludwig'schen Stiftung die Landes-Universität mit der Auflage zum Erben des ganzen Stiftungsvermögens eingesetzt, daß der jährliche Vermögensertrag in derselben Weise, wie früher, zur Unterstützung nunmehr von armen würdigen Studirenden aller Fakultäten überhaupt, verwendet werde. Nur diese eventuelle Bestimmung, deren wahres Wesen hier nicht erörtert zu werden braucht, ist nach der gangbaren Anschauung als eine Zuwendung an eine bereits bestehende juristische Person zu betrachten.

So wenig als ihr, wenigstens primär, selbstständiger Charakter kann ihnen aber auch die Eigenschaft von piae causae abgesprochen werden. Zumal nach württembergischem Landrecht[3] kommt diese Eigenschaft Allem bei, was zur Erhaltung und Beförderung u. a. „der Schulen und derselben Diener . . . wie auch, was der studirenden Jugend zu Gutem in die Kollegia oder Stipendia, oder sonst insonderheit Einem oder Mehreren zur Hilfe oder Fortsetzung der Studien . . . . verlassen oder verschafft wird."

Daß die v. Ludwig'sche Stiftung diesem Zwecke durch-

[3] Thl. III, Tit. 6, §. 6.

weg dient, bedarf keiner Auseinandersetzung. Desgleichen verhält es sich unbedenklich mit der ersten der beiden Rödinger'schen Stiftungen, deren Ertrag für den Unterhalt von Studirenden bestimmt ist. Erst die zweite dieser Stiftungen macht ein Bedenken möglich, allein auch diese nur insoferne, als sie (außer einem Preise für Preisarbeiten von Studirenden) einen (der Regel nach fünfjährigen) Preis für die Wissenschaft unmittelbar (und beliebige Bewerber) aussetzt. Indessen müssen, näher betrachtet, auch Zwecke dieser letzteren Art den piis causis zugezählt werden. Zum mindesten ginge es wider den Sinn und Geist des württembergischen Landrechtes, wenn Schulen ohne Unterschied, also namentlich auch die höheren und höchsten Schulen als piae causae gelten sollten, [4] dagegen nicht auch die Förderung der Wissenschaft überhaupt.

Das Generalreskript vom 1. Jan. 1793, welches den Begriff der pia causa zu definiren sich zur eigenen Aufgabe gesetzt hat, erklärt denn auch ausdrücklich, daß die von ihm aufgeführten einzelnen Fälle nur als Beispiele anzusehen seien. Die von ihm sub II. aufgeführten „hohen und niederen Schulen und die auf Schul- und Erziehungsanstalten sich beziehenden, mithin die für die lernende und studirende Jugend errichteten Stiftungen und Stipendien jeder Art" sind mithin nur Ausdruck für eine Gattung, nicht die Gattung selbst, welche Förderung des Unterrichtes, der Erziehung, der Wissenschaft heißt.

Allein selbst mit dem Buchstaben des Landrechtes sind Preise für allgemeine Preisarbeiten zu vereinen, indem auch sie zur „Hilfe und Fortsetzung der Studien" dienen, oder doch dienen können. Ist man aber zudem mit Griesinger [5] der Ansicht, „daß wir im Württembergischen auch alles Dasjenige unter die pias causas rechnen, was sonst

---

[4] Vergl. das Generalreskript vom 1. Januar 1793, Ziff. II.
[5] Kommentar zum württemb. Landrecht, Bd. VI, S. 166, Anm.

nach gemeinem Rechte und der gemeinen Praxis darunter gerechnet zu werden pflegt," mithin Alles, was zum gemeinen Besten dient, [6] so fällt alles und jedes Bedenken hinweg, daß auch der zweite Theil der Rödinger'schen Stiftung unter die pias causas gehöre.

Wie die Förderung der Wissenschaft überhaupt dem gemeinen Besten dient, so will auch der Stifter die Preisaufgabe zur „Sicherung der Entwicklung der Menschheit," „mitunter auch zur Unterstützung strebender Männer" gestellt haben.

2) Daß nun für Stiftungen ad pias causas staatliche oder landesherrliche Genehmigung nicht nothwendig sei, ist, wie sich unten des Näheren zeigen wird, in den früheren Jahrhunderten nie bezweifelt worden, und wird in dem gegenwärtigen mehr und mehr gelehrt. Denn wider Mühlenbruch, der die abweichende Meinung zuerst aufgestellt und begründet hat, [7] und gegen Savigny, [8] Kierulff, [9] Sintenis, [10] Vangerow, [11] Roth, [12] welche derselben beitraten, haben sich erklärt: Puchta, [13] Arndts, [14] Beseler, [15] Bluntschli, [16] Demelius, [17] Windscheid, [18] Brinz. [19]

---

[6] Grieſinger a. a. O.; Brinz, Pand., S. 1075 ff.

[7] Rechtliche Beurtheilung des Städel'schen Beerbungsfalles 1828 und Glück, Komm., Bd. XL, §. 143 b.

[8] System, Bd. II, §. 89.

[9] Theorie des Civilrechtes, S. 151 ff.

[10] Civilrecht, Bd. I, §. 15.

[11] Leitfaden, §. 60, Anm.

[12] Jahrb. für Dogm., Bd. I, S. 207.

[13] In Richters u. Schneiders Jahrb. 1849, S. 705—712; Pand., §. 28.

[14] In Weiske's Rechtslexikon, Bd. III, S. 915 ff.; Pand. §. 46, Anm. 4.

[15] Deutsches Privatrecht, Bd. I, §. 72.

[16] Deutsches Privatrecht, Bd. I, §. 45.

[17] Jahrb. f. Dogm., Bd. IV, S. 139—146.

[18] Pand., §. 60, Anm. 1.

[19] Pand., §. 234, S. 1069, Nr. 2.

Ja, man hat bestimmten Grund, zu erwarten, daß die Reaktion wider die Mühlenbruch'sche Ansicht eher in Zu- als in Abnahme begriffen sei. Denn die Behauptung des Erfordernisses der Staatsgenehmigung für Stiftungen ist nicht außer Zusammenhang mit einem gleichen Erfordernisse für die juristische Persönlichkeit der universitas personarum. Während dasselbe nun für letztere zwar in den früheren Jahrhunderten gleichfalls nirgends, wohl aber im gegenwärtigen (vom Staat und Gemeinden abgesehen) fast übereinstimmend aufgestellt ist, wird in unseren Tagen, so viel uns dünkt, überzeugend nachgewiesen, daß das römische Recht und unsere frühere Doktrin eine Konzession der Korporationen nur für ihren Bestand als solcher, nicht aber um ihrer sog. juristischen Persönlichkeit willen gekannt und gefordert habe; daß letztere, ihre Vermögensfähigkeit nämlich, von selbst da gewesen sei, sobald nur corpus, collegium licitum da war, und daß sie so lange fortbestanden habe, bis sie ihr nicht etwa durch eine lex specialis entzogen worden sei. [20]

Auch darf nicht unerwähnt bleiben, wie in dem eben erschienenen zweiten Hefte des VIII. Bandes der Berliner Zeitschrift für Rechtsgeschichte, S. 301, §. 4, mit guten Gründen ausgeführt wird, daß ebensowenig wie die juristische Persönlichkeit der collegia überhaupt auch deren testamenti factio passiva von einem Spezialprivileg abhängig gewesen, daß das Spezialprivileg, dessen die Diokletian'sche const. 8, Cod. de hered. inst. (6, 24) gedenkt, vielmehr auf die Konzessionirung des Kollegiums selbst zu beziehen sei.

3) Die Gründe für das Erforderniß der Staatsgenehmigung zu Stiftungen ad pias causas anlangend, muß

---

[20] Unger, Münchener krit. Ueberschau Bd. VI, S. 148–156; Fitting, krit. Vierteljahrsschrift, Bd. I, S. 583 ff.; Demelius a. a. O., S. 137 ff., zu vergl. besonders über die weitere Literatur Brinz, Pand., §. 234, Bd. I, 1, S. 1067 und 1068.

hervorgehoben werden, daß ihr Schwerpunkt mit nichten in den Quellen oder auf Ansprüchen des positiven Rechtes, sondern in einem Theoreme liegt, mit welchem man die Quellen gewissermaßen überbaut hat. Es ist dies das Theorem von der juristischen Person. So lange man zur Konstruktion dieses Dinges noch nicht gekommen war, und anstatt dessen sich einfach an die Bestimmungen der Quellen über Erbeinsetzung, Vermächtnisse, Besitz, Eigenthum und Vertretung des Fiskus, von Städten, Gemeinden, Korporationen und Stiftungen hielt, tauchte jenes Erforderniß auch nicht auf; erst dieses Jahrhundert, der Schöpfer jenes Theorems, brachte es hervor.

Denn da man in fingirten Personen den Träger aller der für den Staat, Gemeinwesen, Stiftungen gehörigen Vermögen und Vermögensgeschäfte erblickt, und eben hiedurch diesen fingirten Personen eine Rechts- oder Vermögensfähigkeit beimißt, gerieth man auch auf den Gedanken, daß eine solche Fähigkeit oder Persönlichkeit nicht minder als die der natürlichen Personen einer rechtlichen Anerkennung bedürfe.

Möglich, daß diese Anerkennung in Gestalt eines allgemeinen Rechtssatzes ausdrücklich oder gewohnheitsrechtlich vorliege; wo dieses aber nicht der Fall sei, bedürfe jeder Fall, in welchem eine fingirte Person vermögensfähig oder zur juristischen Person werden solle, der besonderen staatlichen Genehmigung. [21]

Eine erschöpfende Kritik der Lehre von dem fraglichen Erfordernisse ist darum ohne die Kritik der modernen Theorie von den juristischen Personen nicht möglich. Nichts destoweniger kann von dieser hierorts Umgang genommen werden. Denn angenommen selbst, daß jene Theorie sammt

---

[21] Vergl. Mühlenbruch, Städel'scher Beerbungsfall, S. 151; Sintenis a. a. O., §. 15, Anm. 25; Vangerow a. a. O., Kierulff a. a. O., S. 151; Pfeifer, die Lehre von den jur. Personen nach gemeinem und württembergischem Privatrecht, S. 182.

den Folgerungen aus ihr begründet sei, so läßt sie, wie schon mancherseits bemerkt worden ist, noch immer die Frage offen:

ob denn dafür, daß piae causae vermögensfähig seien, kein allgemeiner Rechtssatz vorliege, und also jener Deduktion selbst zufolge die staatliche Genehmigung überflüssig sei? [22]

Wie schon aus den oben sub 2) gemachten Verweisungen erhellt, sind nun aber eine Reihe selbst von Schriftstellern, welche der gedachten Theorie im Uebrigen beipflichten, der Ansicht, daß der erforderliche Rechtssatz zu Gunsten der piae causae nicht minder vorliege, als für den Staat und die Gemeinden. „Auf einem Rechtssatz," sagt z. B. Puchta, [23] „beruht unzweifelhaft die Persönlichkeit des Staates, der Gemeinden, der Kirche, der Erbschaft; dasselbe (was offenbar das natürlichste ist) bei piae causae zu leugnen, ist kein Grund vorhanden."

Diese Meinung müssen wir, — mag man von einem Rechtssatze reden, der die Persönlichkeit und Vermögensfähigkeit der piae causae als einer juristischen Person anerkennt, oder, vielleicht etwas nüchterner, sagen, daß kraft eines längst vorhandenen Rechtssatzes piae causae mit einem eigenen Vermögen ausgestattet oder fundirt werden können — für richtig erachten.

Die Begründung anlangend, drückt sich am bündigsten abermals Puchta [24] aus, indem er sagt: „unser geschriebenes Recht setzt ihre Persönlichkeit voraus, ohne des Erfordernisses einer besonderen Konzession zu gedenken;" denn, setzt unser geschriebenes Recht die fragliche Persönlichkeit voraus, so setzt es eben damit die rechtliche Mög-

[22] Vergl. selbst Vangerow a. a. O.; Kierulff a. a. O., S. 151, „aber die Nothwendigkeit einer jedesmaligen speziellen Bestätigung folgt hieraus nicht." Dann Demelius a. a. O., S. 140; Windscheid a. a. O., S. 134 (1. Ausg).

[23] Pand., §. 28.

[24] A. a. O., Note n.

lichkeit für piae causae, selbstständiges Vermögen zu begründen, voraus, und kann diese Möglichkeit um so weniger in etwas anderem, als in einem Rechtssatze beruhen, als, wie Puchta meint, von einem Erforderniß einer besonderen Konzession nirgends die Rede sei. Nur muß gleich hier bemerkt werden, daß mit der Postulation eines Rechtssatzes nicht gerade ein gewisser, in direkten Worten ausgesprochener Satz des Gesetzes postulirt sei; vielmehr anstatt eines solchen und gleich ihm auch ein entweder in der Uebung der Rechtsgenossen oder in der Kasuistik des Gesetzes selbst stillschweigend enthaltener Satz als Rechtssatz zu gelten habe.

Im römischen Rechte hat es nun selbst an einem wörtlichen Rechtssatze zu Gunsten unserer Ansicht nicht gefehlt, indem cst. 46 pr. Cod. de episcopis (1, 3) die Erbeinsetzungen, Vermächtnisse, letztwillige Schenkungen und jedwede andere rechtmäßige Vergabung an fromme Zwecke in einer Weise und unter Ausdrücken für bindend erklärt, welche den Gedanken an die Nothwendigkeit der weiteren Zuthat einer Konzession schlechterdings nicht aufkommen lassen.

Diese Bedeutung der cst. 46, insonderheit, daß sie von der Nothwendigkeit einer staatlichen Konzession Umgang nehme, ist allgemein, auch von den entschiedensten Vertretern der gegentheiligen Ansicht anerkannt.[25]

Allein es wird eingewendet, daß diese Stelle nicht glossirt, mithin ohne praktische Geltung sei. Bei voller Anerkennung des quod non agnoscit glossa, non agnoscit curia, ist sie gleichwohl von einem gewissen praktischen Werthe.

Denn außer der cst. 46, welche den direkten Rechtssatz enthält, gibt es eine nicht unbeträchtliche Zahl von

[25] Z. B. Savigny a. a. O., S. 277, Note d; Bangerow a. a. O.; selbst Mühlenbruch, Fortsetzung des Glück'schen Komm., Bd. XXXIX, S. 467 ff.

glossirten Stellen, in denen von namentlich letztwilliger Bewidmung der piae causae bald in Gestalt neuer selbstständiger Fonds, bald durch Vermehrung der alten nach allen Richtungen die Rede ist, ohne daß des Erfordernisses der Staatsgenehmigung auch nur im entferntesten gedacht wäre: cst. 49, Cod. episc. (1, 3); cst. 1, cst. 13, cst. 19, cst. 22, cst. 23, Cod. sacrosanct. eccl. (1, 2); cst. 24, cst. 28, Cod. episc. (1, 3); Nov. 131, cap. 10. Ueberall hier und dazu noch in der unglossirten cst. 42, §. 10, in f. Cod. episc. (1, 3) finden sich die einläßlichsten Vorschriften über den Vollzug solcher Willensverordnungen; in ermüdenden Wiederholungen offenbart sich die angelegentlichste Sorge um ihre Realisirung; wie mag man denken, daß gerade dasjenige Erforderniß, welches, wenn es bestund, die wahre Lebensbedingung dieser Dispositionen war, verschwiegen worden sei? Es ist so, wie Pucht a sagt: „Unser geschriebenes Recht setzt ihre Persönlichkeit voraus."

Wer aber gleichwohl zweifelte, ob Justinian nicht vielleicht dennoch gerade die Hauptsache verschwiegen habe, für den nun muß die unglossirte cst. 46 von praktischem Werthe sein. Denn diese liefert den Beweis, daß in den vielen oben allegirten Stellen von dem Erforderniß der Konzession nicht aus Zufall, sondern auf Grund eines Gesetzes oder Rechtssatzes, wonach jene Willensordnungen ohne Weiteres giltig sein sollten, Umgang genommen worden sei. Diese Beweiskraft der cst. 46 ist eine historische, über den Gegensatz des Glossirten und Nichtglossirten erhabene; allein mehr als eines historischen Beweises, wenn man überhaupt noch einen Beweis zu brauchen glaubt, bedarf man hier nicht. Der Zweifel, ob Justinian in allen jenen anderen Stellen das Konzessionserforderniß nicht zufällig verschwiegen habe, wird niedergeschlagen durch cst. 46, cit.; das ist die praktische Bedeutung dieser unglossirten Stelle.

4) Wohl fühlend, daß das christlich-römische Recht

dem Konzessionserforderniß nicht günstig sei, suchen die Vertreter des letzteren dem ersteren für alle Fälle durch Einwendungen verschiedener Art entgegenzuarbeiten.

a) „Das römische Gesetz" — sagt Savigny [26] — „kann hier nicht entscheiden, ... weil es blos von Stiftungen für die Armen oder die Kirche redet, und die Aufsicht und Genehmigung der Kirche voraussetzt, deren Verhältniß zu den Stiftungen aber im heutigen Rechte ein ganz anderes geworden ist." [27]

Indessen erleidet zunächst Das keinen Zweifel, daß, was im christlich-römischen Rechte von den dort vorkommenden Fällen der pia causa (Kirchen aller Art, Klöster, Armen- und Krankenhäuser aller Art, Unterstützung der Armen überdies, zumal der Ortsarmen und der redemtio captivorum), für uns auch in allen den übrigen Fällen gilt, welche durch Gesetz oder Praxis der pia causa beigezählt werden. [28]

Die Behauptung aber, daß das römische Gesetz zu Stiftungen für piae causae auch die Genehmigung der Kirche voraussetze, ist eine durch nichts belegte, unseres Erachtens auch durch Nichts zu beweisende, wohl aber zu widerlegende Behauptung.

Denn, abgesehen von der Frage, ob die römischen Kaiser, die sich überall noch über die Kirche stellten, letzterer Attribute der obersten Staatsgewalt überlassen haben werden, finden sich wohl Konstitutionen, in welchen die Bischöfe mit der Fürsorge für den Vollzug der milden Stiftungen ꝛc. ꝛc. betraut werden. [29] Allein eine Konstitution, wonach sie die Stiftung zu prüfen und zu genehmigen das Recht bekommen hätten, liegt bekannter-

---

[26] A. a. O., S. 277.

[27] Vergl. auch Bangerow a. a. O.

[28] Vergl. die Literatur in Brinz Pand., S. 1075—1077.

[29] Z. B. cst. 15, Cod. sacrosanct. eccl. (1, 2); cst. 46, Cod. episc. (1, 3); arg. Nov. 131, 7.

maßen nicht vor. Wohl dagegen läßt der Umstand, daß ihnen, in Verbindung mit den Provinzialstatthaltern, der Vollzug ohne die Verpflichtung zur Kognition aufgetragen wird, schließen, daß ihnen ein solches Kognitionsrecht nicht zugestanden habe und daß um so weniger der rechtliche Bestand der Stiftung von ihrem Vollwort abhängig gewesen sei.

b) Ohne vorgängige bischöfliche Einweihung sei kein Kloster- oder Kirchenbau möglich gewesen; also wenigstens keine Stiftung von Kirchen und Klöstern ohne bischöfliche Genehmigung. [30] Wäre diese Folgerung richtig, so würde sie nur Kirchen und Klöster treffen. Allein der Bau und die Einweihung enthalten den Vollzug, nicht die Gründung oder Genehmigung der Stiftung. [31] Nach cap. 9 Decr. P. III. dist. I. de consecratione muß sich der Bischof vor der Einweihung von dem Dasein der Stiftung überzeugen (ostensa donatione aedificet); sie ist also vor der Einweihung und ohne den Bischof da.

c) Nur insoferne es auf keine bleibende Anstalt, sondern blos auf vorübergehende Zuwendung an Arme, Loslösung der Gefangenen abgesehen gewesen, sei nach römischem Rechte keine Konzession nothwendig gewesen. [32]

In diesem Einwand liegt eine bedeutsame Einräumung.

Denn der gangbaren Theorie nach wird die Fiktion der juristischen Person nicht blos da nothwendig, wo ein Vermögen für einen gewissen Zweck dauernd ausgesetzt, das Kapital also fortbestehen und nur die Rente auf den Zweck verwendet werden (eine „Stiftung" bestehen) soll; sondern auch da, wo ein Vermögen, etwa eine ganze Erb-

---

[30] Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Komm., Bd. XL, S. 17.

[31] Vergl. Elvers, Erört. von der test. Erbf. jur. Pers., 1827, S. 170 bis 175.

[32] Mühlenbruch a. a. O., S. 25, 29, 30, 34.

schaft, an Kapital und Rente zur Verwendung auf einen bestimmten, vorübergehenden Zweck, z. B. Erziehung der vorhandenen Waisen des Ortes, Loskauf der Gefangenen desselben ꝛc. ꝛc., ausgesetzt wird. Denn auch hier kommt es zu einem Vermögen, das vom Tode des Testators bis zu seiner Verausgabung keinen natürlichen Inhaber hat, gleichwohl fortbestehen soll, und hiezu nach der gangbaren Ansicht eben einer Person bedarf, die man durch Fiktion herbeistellt. Und diese Person nun soll hier, wenigstens wo sie nur von kürzerer Dauer ist, keiner besonderen Genehmigung bedürfen.

Indessen ist in den Quellen selbst nirgends unterschieden, ob die Disposition auf eine blos vorübergehende oder dauerhafte Verwendung gerichtet sei; eine staatliche Genehmigung ist in ihnen nirgends verlangt, wo die Disposition zu milden Zwecken geschieht. [33]

d) Endlich meint Roth, [34] daß, um ein Vermögen derart hinzustellen, daß es einerseits seines bisherigen Inhabers entledigt, andererseits aber nicht derelinquirt, sondern selbstständig für sich da sei, das Civilrecht nicht ausreiche, sondern eine lex specialis nothwendig sei. Allein hierin liegt eine petitio principii. Gewähren die Quellen eine Vergabung und Widmung zu frommen Zwecken durch letztwillige Dispositionen und inter vivos ohne spezielle staatliche Genehmigung, dann ermangelt das Civilrecht der Mittel, welche ihm Roth abspricht, nicht.

5) Was immer für ein Gewicht übrigens den soeben (4, a—d) bekämpften Gegengründen vom Standpunkte des gemeinen Rechtes aus beigemessen werden mag: von dem des württembergischen Landrechtes aus sind sie jedenfalls bedeutungslos. Dieses hat in seinem Titel „von den privilegirten Testamenten ad pias causas" (Thl. III, Tit. 6),

---

[33] Vergl. hiezu besonders Mühlenbruch's eigene Bemerkungen a. a. O., Bd. XXXIX, S 450.

[34] A. a. O., S. 207.

(insonderheit §. 2 vergl. mit §. 1 und 6), das oben allegirte römische Recht, und namentlich auch den Inhalt der cst. 46, Cod. episc. (1, 3) ganz unverkennbar in dem Sinne wiederholt, daß irgend eine Staatsgenehmigung zu letztwilligen milden Stiftungen nicht hinzuzukommen habe. Ja, weit entfernt, den ausgesprochenen Erfordernissen des christlich-römischen Rechtes etwas beifügen zu wollen, hat es umgekehrt im Sinne des kanonischen Rechtes — c. 11, X. testam. (3, 26) — selbst von denjenigen gemeinrechtlichen Erfordernissen, welche das römische Recht auch an letztwillige Verfügungen ad pias causas stellt, Umgang genommen.

Bei diesem Stande des Gesetzes selbst kann von der Frage, ob sich in Württemberg ein Gewohnheitsrecht gegen das Erforderniß der Staatsgenehmigung gebildet habe, Umgang genommen werden.

Dagegen mag hier noch für die Frage Raum sein, ob dasselbe, was von letztwilligen Stiftungen ad pias causas, auch von denen unter Lebenden zu gelten habe; und zwar um so mehr, als eine der beiden hier zunächst in Betracht kommenden Stiftungen, die v. Ludwig'sche nämlich, unter Lebenden errichtet ist. Hierauf ist nun aber in Kürze zu bemerken, daß

1) in cst. 19, Cod. sacrosanct. eccl. (1, 2) donationes super piis causis factae nicht nur als rechtsbeständig betrachtet, sondern überdieß von dem Erforderniß der Insinuation befreit werden. Daß dieß ebenso für den Fall gelte, da durch Schenkungen piae causae erst errichtet oder gestiftet, als da schon vorhandene bereichert werden, daran zu zweifeln liegt kein Grund vor. So sind in cst. 23 eod. auch Schenkungen zum Loskauf von Gefangenen anerkannt, die doch niemals an schon vorhandene Stiftungen geschehen (si in redemtionem captivorum quaedam pecuniae vel res relictae vel legitimo modo donatae sunt). Neben einander und gleichmäßig kommen ferner unter dem gemeinsamen Begriff von Liberalitäten

letztwillige Verfügungen und Schenkungen der Kurialen an milde Stiftungen in cst. 22, Cod. eod. zur Befreiung dieser Stiftungen von der der Kurie des Stiftes ꝛc. ꝛc. schuldigen Quote, ferner dergleichen Schenkungen wie letztwillige Verfügung in dem Verjährungsprivileg der l. 23, pr. C. eod. vor. So wenig hier überall in Betreff der letztwilligen Verfügungen an das Erforderniß einer Staatsgenehmigung gedacht oder zu denken ist, so wenig ist es bezüglich der Schenkungen der Fall. Schenkungen, welche man von der Nothwendigkeit gerichtlicher Verlautbarung entbindet, kann man unmöglich stillschweigend an die Voraussetzung der kaiserlichen Konzession gebunden haben wollen.

2) Die größte juristische Schwierigkeit bestand von altersher in der Erbeinsetzung der juristischen Personen.[35] Wird diese bis zu dem Grade überwunden, daß nicht blos schon vorhandene Stiftungen durch Erbeinsetzung bedacht, sondern eben dadurch auch neue fundirt werden konnten, so ward ein gleiches durch Schenkung unter Lebenden nur um so mehr möglich.

3) Sprechen manche Konstitutionen lediglich von letztwilligen Verfügungen, so hat dieß seinen besondern Grund darin, daß gerade ihnen gegenüber besondere Bestimmungen, nämlich über den Vollzug der Verfügungen nothwendig waren. Für den der Schenkungen wird der noch lebende Stifter selbst sorgen. — Ein Schluß gegen die Stiftungen durch Schenkung unter Lebenden ist aus solchen Stellen also nicht zu ziehen.

4) In der Theorie wird in Ansehung des fraglichen Erfordernisses der Staatsgenehmigung auf den Unterschied von Stiftungen unter Lebenden oder von Todeswegen denn auch entweder gar kein Werth gelegt, oder aber die ganze Frage nur im Hinblick auf letztwillige Stiftungen als den schwierigeren Fall behandelt.

---

[35] Vergl. Brinz a. a. O., S. 1086, unten f. f.

5) Auch die Praxis hat zwischen Stiftungen unter Lebenden und von Todeswegen nicht unterschieden. Von Denjenigen, deren nachher noch speziell gedacht werden wird, ist ein großer Theil unter Lebenden, und eben so wenig mit Staatsgenehmigung errichtet, als die letztwilligen.

Es sind lediglich die Rektoren, Senate, Administratoren, welche zu der Stiftung auch unter Lebenden dadurch mitzuwirken pflegen, daß sie die Schenkung (welche eigentlich eine einseitige Vermögensaussetzung ist,) in Empfang nehmen.

6) Die sich nach all dem sowohl vom Standpunkt des gemeinen als des württembergischen Rechtes gegen das Erforderniß der landesherrlichen Konzession ergebenden Gründe wären erheblich genug, um eine festgewurzelte, unangefochtene Meinung in Frage zu stellen; nun stehen sie aber einer Ansicht gegenüber, welche sofort mit ihrer Aufstellung Opposition [36] und, wie schon bemerkt, besonders in neuerer Zeit mehr wachsende als abnehmende Anfechtung findet. [37]

Ferner ist gleichfalls schon angeführt, daß diese Ansicht erst in gegenwärtigem Jahrhundert aufgestellt worden sei. Anstatt eines literarhistorischen Nachweises aber, der einerseits zu dem positiven Resultate führen würde, daß für Korporationen zwar schon früher Konzession verlangt worden sei, allein entsprechend den Quellen, Konzession zur Begründung nur überhaupt von Korporationen, nicht eigens ihrer sog. juristischen Persönlichkeit, [38] andererseits zu dem negativen Resultate, daß sich ein ähnliches Erforderniß für milde Stiftungen früher nirgends aufgestellt

---

[36] Elvers a. a. O. v. 1827, S. 159 bis 205; F. A. Northoff, die Giltigkeit der Erbeinsetzung einer zu errichtenden milden Stiftung (1833) S. 105 ff.

[37] S. Nro. 2, Note 13—19.

[38] Brinz, Pand., S. 1066, 6.

finde, bedarf es hier nur des Hinweises darauf, daß Mühlenbruch selbst unsere Frage als eine erst neu entstandene bezeichnet und ältere Autoritäten für seine Ansicht nirgends aufführt. [39] Hiemit scheint zwar im Widerspruch zu stehen, was bei demselben Schriftsteller auf S. 22 ff. und S. 33 vorkommt. Allein die Autoritäten, deren er sich an ersterem Orte bedient, beziehen sich blos auf die Frage nach kirchlicher Genehmigung, und bedürfen hier um so weniger einer weiteren Würdigung, als diese Frage, soweit als nothwendig, schon oben beleuchtet ist, und weiter unten noch nebenher mit in Betracht kommen wird. Die anderen Autoritäten aber betreffen die Frage, ob für Anstalten und Stiftungen, welche von der Kirche ausgehen, oder gegründet werden wollen, das Placetum regium nothwendig sei, eine Frage, die jedenfalls nur die polizeilich-politische Genehmigung, nicht die rechtlich-juristische Gewährung der juristischen Persönlichkeit angeht. Ferner bezieht sich Mühlenbruch [40] und in der Beleuchtung des Städel'schen Beerbungsfalles [41] zwar auch noch auf die zahlreichen Bestätigungsurkunden, die in älteren und alten Zeiten auch für milde Stiftungen von Kaisern und Fürsten eingeholt worden seien. Allein, wenn dem beigefügt ist, daß hiebei „denn auch wohl geradezu als Zweck der Konfirmation angegeben ist, daß die Anstalt erwerbsfähig sei und die Rechte einer moralischen Person erhalte," [42] so scheint sich Mühlenbruch selbst einmal gefragt zu haben, ob „denn auch wohl geradezu" dies der Zweck der Konfirmation gewesen sei? Aus den von ihm selbst gelieferten Anführungen [43] ergibt sich eine solche Konfirmationsklausel nur einmal, und diese Konfirmation datirt aus

---

[39] A. a. O., Bd. 40, S. 4.
[40] A. a. O., S. 34.
[41] S. 201 ff.
[42] S. 34, cit. Anm. 63.
[43] S. 201 ff. cit.

dem Jahre 1824.[44] Wenn Mühlenbruch aber sagt, daß von den zahlreichen, auf Privatstiftung beruhenden Wohlthätigkeits-, Versorgungs- und ähnlichen Anstalten gewiß nur wenige sein werden, welche nicht eine obrigkeitliche Stiftungs- oder Bestätigungsurkunde aufzuweisen haben, so widerspricht das unseren Wahrnehmungen gänzlich. So sind z. B. von den 52 von Werk edirten und beschriebenen Kollegiat- und Stipendienstiftungen der Freiburger Universität eine (S. 128 aus dem Jahre 1537) mit kaiserlicher, eine mit bischöflicher, alle anderen von 1497 bis 1820 (ihrer 46 an der Zahl) ohne obrigkeitliche Konfirmation in Wirksamkeit getreten; erst die letzten 4 (von 1820 bis 1842) mit Staatsgenehmigung. Nicht viel anders scheint es sich mit den Tübinger Stiftungen zu verhalten; allein die vorhandenen Publikationen sind zu wenig vollständig, um ein sicheres Urtheil zu gestatten. Angenommen aber auch, daß alle derartige Stiftungen mit obrigkeitlichen Konfirmationen versehen wären, so würde doch das für unsere Frage lediglich nichts beweisen können. Denn das auch noch so frequente Vorkommen von Konfirmationen ist kein Beweis für ihre juristische Nothwendigkeit oder für ihre Nothwendigkeit zur Entstehung des fraglichen Rechtsverhältnisses; sie können, wie das Wort andeutet, auch eine bloße Bekräftigung dessen, was auch ohnedies besteht, die Gewährung von Schutz und Schirm für ein schon bestehendes Recht, Aufrechthaltung im Gegensatze der Gründung sein und gewähren sollen. So war unsere Fakultät noch unlängst in der Lage, den Usus kaiserlicher Konfirmationen bei der Errichtung von Familienfideikommissen für kein rechtliches Erforderniß zur Entstehung von Familienfideikommissen erklären zu müssen.[45]

---

[44] A. a. O., Note 151.

[45] In S. Metzsch gegen Seine Hoheit den Herzog von Anhalt-Bernburg.

Der Einblick in die vorhandenen ausführlicheren Konfirmationsurkunden zu unseren Stiftungen beweist, daß es sich auch hier überall nur um die Sicherung und Kräftigung des Vollzugs, nicht um eine Bedingung der Errichtung der Stiftungen gehandelt habe. Die Konfirmation z. B. der Reinhardt'schen Stiftung in der Faber'schen Sammlung württemb. Stiftungen erfolgt im Zusammenhang mit einem Wunsche des Stifters, indem dieser zur mehreren Konservation seiner Anordnungen den Herzog bittet, daß er und seine Nachkommen sich der Stiftung gnädigst annehmen möchten; die darauf erfolgende Konfirmation besteht dann in Gewährung und Zusicherung dieser Bitte.[46] Ebenso verhält es sich mit jener einzigen bischöflichen Konfirmation der Freiburger Stiftung, während die kaiserliche sich auf den allgemeinen Ausdruck der Approbation beschränkt.

Der Bischof aber konfirmirt, indem er seine „Autorität" dahin zu verwenden verspricht ut . . . ordinata temporis successu non deficiant, sed in aevum perdurent inconvulsa — und dann weiter unten abermals pro perpetua et firmiori (ordinatione) subsistentia (S. 366.) Ueberhaupt aber empfängt man aus den Freiburger Stiftungsurkunden den unwillkührlichen Eindruck, daß die kaiserlichen und bischöflichen Konfirmationen nur eine höhere Potenz der Zusicherungen waren, welche man gewöhnlich nur von den Exekutoren der Stiftung und von Rektor und Senat erbat und erlangte. Letztere versprechen, wie sie einmal sagen, quasi superattendentes darüber zu wachen, daß die Exekutoren die Anordnungen des Stifters vollziehen; die Exekutoren, daß sie dieß selbst thun wollen (S. 522, 523, 423, 440), möglicher — nicht nothwendigerweise thürmt sich dann dieses Garantieverlangen und Garantieversprechen bis hinauf zur obersten Spitze des Reiches oder der Kirche empor.

---

[46] 9. Heft, S. 70, Nro. XXVIII.

Umgekehrt nimmt der Stifter nicht selten von all diesem Bitten und Versprechen Umgang, ja beschränkt sich mit Berufung auf das Privilegium der piae causae, auf sein eigen Sigel und Unterschrift (S. 385 u. 427.) Davon, daß die Konfirmation eine moralische Person zu schaffen, überhaupt nur die bezügliche Rechtsmöglichkeit zu gewähren, vermeint habe, finden wir keine Spur. Einmal, merkwürdigerweise bereits anno 1537, taucht die „ficta persona" auf; und zudem gerade in jener Freiburger Stiftungsurkunde, welche mit der kaiserlichen Konfirmation am Eingang erscheint. Allein es ist der Testator selbst, der diese ficta persona hervorruft, indem er die von ihm zu gründende domus Sancti Galli (ein Stifthaus) tanquam fictam personam als Erben einsetzt. Die kaiserliche Konfirmation erwähnt diese mit keiner Silbe, sondern beschränkt sich auf Approbation des Testamentes überhaupt.

So sind denn die obrigkeitlichen Bestätigungen, auf welche sich Mühlenbruch beruft, nichts anderes, als diejenigen gerichtlichen oder anderweitigen Konfirmationen, welche man in unserer neueren Literatur, wir glauben übereinstimmend, von denjenigen Verfügungen der obersten Staatsgewalt unterschieden haben will, welche — als eben die fraglichen Konzessionen — den speziellen Beruf der Schöpfung juristischer Persönlichkeiten haben sollen.

Ganz richtig bemerkt endlich Mühlenbruch a. a. O., S. 35, daß die Probe für die frühere gemeinrechtliche Doktrin in den Partikularrechten liege, namentlich in denen, „welche anerkannt auf gemeines Recht und den wissenschaftlichen Standpunkt ihrer Zeit fußen." Allein anstatt nun diese gemeinrechtlich fundirten Partikularrechte sämmtlich, so denn namentlich auch das ganz entschieden gemeinrechtlich angelegte allgemeine österreichische bürgerliche Gesetzbuch in Betracht zu ziehen, beschränkt sich Mühlenbruch auf Benützung des preußischen Landrechtes und auf — Kreitmayer; denn diesen, den Kommentator, nicht den codex Maximilianeus bavaricus selbst,

ſtellt er in erſte Reihe. Was nun aber noch mehr bedeuten will: beide Quellen benützt Mühlenbruch falſch. Denn, wenn vor Allem das preußiſche Landrecht ſagt: „Die vom Staate ausdrücklich oder ſtillſchweigend genehmigten Armen- und andere Verſorgungsanſtalten haben die Rechte moraliſcher Perſonen," ſo kann damit nur geſagt ſein wollen: daß alle diejenigen Armen- ꝛc. ꝛc. Anſtalten, welche nicht (polizeilich) genehmigt ſind, der juriſtiſchen Perſönlichkeit entbehren.

Daß die ſtaatliche Genehmigung auch die Quelle jener Perſönlichkeit ſei, iſt nicht geſagt. Vielmehr ſetzt das Geſetz voraus, daß dieſe Perſönlichkeit an und für ſich ohne die Staatsgenehmigung einträte, und erſt in Folge dieſes partikularen Geſetzes kommt es dahin, daß ſie nicht mehr die bloße Folge der Stiftung ſelbſt, ſondern nur unter der beſonderen Bedingung der Staatsgenehmigung da ſein ſoll. Aber nur als Bedingung, nicht als Quelle der Perſönlichkeit, wie bei Mühlenbruch und ſeinen Anhängern, iſt hier die Staatsgenehmigung gedacht. Mit anderen Worten. derlei Stiftungen ſind im preußiſchen Landrecht auf das Niveau der Kollegia und corpora, gemeinhin Korporationen, gehoben.

Wie deren Gründung ſeit Ende der Republik im römiſchen Rechte und ſo denn auch in der deutſchen gemeinrechtlichen Praxis (ſ. oben Nr. 6) regelmäßig an ſtaatliche Konzeſſion geknüpft, demgemäß zwiſchen collegia licita und illicita unterſchieden und nur den licitis das alte, ſonſt mit dem Daſein der Korporation von ſelbſt vorhandene Recht der arca communis (Recht der juriſtiſchen Perſönlichkeit) belaſſen, den illicitis entzogen wurde: ſo macht das preußiſche Landrecht nun einen ähnlichen Unterſchied zwiſchen gewiſſen Stiftungen und läßt das Recht der moraliſchen Perſon nur den erlaubten oder genehmigten. Wie die jedesmalige Licenz des römiſchen Senates und dann der principes die Vermögensfähigkeit der Korporation nicht erſt rechtlich juriſtiſch ermöglichte

und begründete, ſondern nur den auf illicitis liegenden Bann — die auf dieſen laſtende Interdicirung der Vermögensfähigkeit, — beſeitigte, gerade ſo muß nun nach preußiſchem Landrechte die jenen Stiftungen an und für ſich innewohnende Vermögensfähigkeit durch Einholung der Staatsgenehmigung, wenn wir ſo ſagen dürfen, flott gemacht werden. „Und ſo findet ſich denn auch in Anſehung der Unterrichtsanſtalten — ſagt Mühlenbruch weiter — ausdrücklich beſtimmt, daß ſie nur mit Vorwiſſen und Genehmigung des Staates errichtet werden ſollen" — eine Beſtätigung dafür, daß die Genehmigung als eine polizeiliche zu denken ſei, welche das Recht der moraliſchen Perſon nicht ſchafft, ſondern nur frei läßt.

„Collegia, corpora oder Konfraternitäten, welche von der Landesherrſchaft nicht ſpezialiter approbirt und privilegirt, ſondern nur privata auctoritate errichtet ſeynd, können keine bona vel jura, folglich auch kein Erbrecht verlangen" — citirt Mühlenbruch weiterhin mit Bezug auf Kreitmayer ad cod. Max. Bavar. civil. Tom. III, c. III, §. 12, No. 3. Schon ſo nun braucht man dieſe Worte nicht anders zu deuten, als obige Stelle des preußiſchen Landrechtes; beziehen ſie ſich doch überdies nur auf Korporationen, und ſind ſie nur eine Wiederholung der bekannten, von Kreitmayer auch ausdrücklich angezogenen diocletianiſchen, c. 8, C. her. inst., wonach nur die ſpeziell konzeſſionirten Korporationen testamenti factio passiva haben ſollen. Allein Mühlenbruch macht ſich zudem einer Auslaſſung ſchuldig, welche dieſen Sinn auf das unzweideutigſte herſtellt. Denn Kreitmayer ſelbſt ſagt: Unzuläſſige, d. i. ſolche Collegia, corpora oder Confraternitäten ꝛc. ꝛc. Er ſieht alſo in den nicht approbirten der c. 8 cit. unzweifelhaft richtig nichts anders, als die alten illicita collegia, und legt dieſe Konſtitution nach der in ſeiner Zeit gangbaren, vollkommen richtigen, und wie ſchon oben, Nr. 2 a. E. und Nr. 6 ab init., bemerkt wurde, in allerneueſter Zeit wie-

dahergestellten Auffassung dahin aus, daß eine jedesmalige Konzession die testamenti factio passiva, überhaupt die Vermögensfähigkeit nicht erst funditus geschaffen, sondern mit der Billigung der Korporation selbst und überhaupt nur zugelassen oder freigegeben habe. — So ist Kreitmayer gegen Mühlenbruch. Der nur nebenbei citirte cod. Max. selbst aber (P. III, cap. VI, §. 7) enthält von dem fraglichen Erfordernisse lediglich nichts.

Wir wiederholen: Mühlenbruch führt nur das preußische Landrecht und Kreitmayer an. „Nach österreichischem Rechte," sagt Unger, [47] „ist die für die juristische Persönlichkeit der Stiftungen erforderliche Rechtsvorschrift unzweifelhaft eine allgemeine: eine spezielle Ertheilung der juristischen Persönlichkeit kommt in Oesterreich nicht vor. Mit dieser speziellen Kreirung darf man aber die obrigkeitliche Konfirmirung nicht verwechseln ꝛc. ꝛc." Das württembergische Landrecht, welches von dem fraglichen Erfordernisse gleichfalls nichts weiß, so sehr es sich in seiner zweiten Redaktion dem römischen Rechte genähert hat, hat Mühlenbruch gleichfalls bei Seite liegen lassen. Von den mehr einheimisches Recht enthaltenden Partikularrechten nimmt er schlechthin keine Notiz; und doch hätte sich eine Meinung, die so sehr und so prinzipaliter auf die Natur der Sache gegründet wird, auch in diesen bewähren sollen.

Allein vergeblich wird man auch in ihnen nach dieser Bewährung suchen, wie z. B. Roth und v. Meibom das Postulat der Staatsgenehmigung für das kurhessische Privatrecht erklärtermassen auf keine positive Quelle, sondern nur auf eine der schon oben gedachten Deduktionen (Nr. 4, d) zu stellen wissen. [48]

Nach unserer Ansicht, welche das fragliche Erforderniß in den Quellen des römischen Rechtes nicht vorfindet, müßte dasselbe, wenn es vor diesem Jahrhundert über-

[47] Komm. z. bürgerl. Gb. 3. Aufl., B. 1, §. 44, S. 349.
[48] Kurhessisches Privatrecht, §. 86, Anm. 2—3.

haupt schon bestanden hätte, sich gerade in den Quellen des einheimisch-deutschen Rechtes vorwiegend vertreten finden. Allein, wie gesagt, dieses Erforderniß ist ein Kind erst unseres Jahrhunderts, erzeugt zunächst aus einem Theorem, und durch die Quellen erst nachträglich aber fälschlich legitimirt.

7) Geht nach all dem unsere rechtliche Ueberzeugung dahin: daß die landesherrliche Genehmigung zur rechtlichen Begründung der vorliegenden Stiftungen nicht nothwendig sei, so vermögen wir auch nicht dahin einzurathen, daß diese Stiftungen, um für alle Fälle sicher zu gehen, der Staatsgenehmigung zu unterstellen seien.

Denn ein solches Einrathen wäre die Beförderung eines usus, und damit eines Rechtssatzes, welchen wir aus dargelegten Gründen für verwerflich halten, mithin im Konflikte mit unserer Ueberzeugung, sowie mit dem Anrechte, welches vorhandene und künftige Stiftungen nach unserem Ermessen auch ohne Staatsgenehmigung auf Existenz und Anerkennung vor Recht und Gericht haben.

2) Note des K. Justizministeriums an das K. Ministerium des Kirchen- und Schulwesens, betreffend die Frage, ob zur Begründung neuer Stiftungen landesherrliche Genehmigung erforderlich ist, vom 31. August 1869.

Auf die verehrliche, den neben bezeichneten Gegenstand betreffende Note vom 15./19. August d. J. beehrt sich der Unterzeichnete unter Rückanschluß der Kommunikate Folgendes ergebenst zu erwiedern:

Der Unterzeichnete kann es nicht als seine Aufgabe betrachten, an diesem Orte die wissenschaftliche Untersuchung der Juristenfakultät in Tübingen einer theoretischen Kritik zu unterstellen. Er beschränkt sich auf die Bemerkung, daß in der seit mehr als 40 Jahren von der deutschen Rechtswissenschaft mit allem Aufwand von Gelehrsamkeit

und Scharfsinn verhandelten Kontroverse über die Frage, ob milde Stiftungen zu Erwerbung der juristischen Persönlichkeit der Staatsgenehmigung bedürfen, das Material der Gründe erschöpft erscheint, ohne daß die Kontroverse zu einem Abschluß gebracht wäre. Es wird nach der Ansicht des Unterzeichneten kaum jemals gelingen, zu einer jeden Zweifel beseitigenden Feststellung dessen zu gelangen, was römisches und kanonisches Recht darüber disponirt haben. Die aufgeworfene Frage steht sodann in einem so engen Zusammenhang mit allgemeinen politischen Strömungen und mit den jeweils herrschenden Ansichten über den Staat und die Grenzen der Staatsgewalt, daß auch die theoretischen Untersuchungen über die positiven Rechtsnormen von denselben beeinflußt werden. Hieraus vielleicht mehr, als aus einer etwa vorgeschrittenen wissenschaftlichen Erkenntniß ist es zu erklären, daß, wie das Tübinger Gutachten hervorhebt, in neuerer Zeit der Widerspruch gegen die in den letzten 40 Jahren vorherrschende Lehre von der Nothwendigkeit der Staatsgenehmigung an Einfluß und Ansehen gewinnt. Mit der wachsenden Befreiung des bürgerlichen Lebens von der Kontrole und Beeinflußung der Staatsgewalt, mit dem Aufgeben von polizeilichen Präventivmaßregeln auf dem Gebiete der Association, gewinnt auch eine Theorie an Boden, welche die Begründung juristischer Persönlichkeiten überhaupt von der Ertheilung der selbstständigen Rechtsexistenz durch einen Akt der Staatsgewalt unabhängig erklärt. Neben voller Anerkennung des Grundsatzes des freien Dispositions- und Associationsrechtes der einzelnen Staatsgenossen darf übrigens bei der Würdigung der gestellten Frage die Rücksicht auf die Rechtssicherheit und auf die Rechtsordnung nicht außer Acht gelassen werden und diese Erwägung wird um so stärker in das Gewicht fallen, wenn es sich darum handelt, bisher von der Staatsverwaltung angenommene und befolgte Grundsätze aufzugeben, um an deren Stelle Neues einzuführen.

Der Unterzeichnete kann nicht verhehlen, daß sich ihm in Folge dieser Erwägungen, so weit das Württembergische Recht in Frage steht, wesentliche Bedenken dagegen aufdrängen, den Resultaten, zu welchen das Gutachten der Juristenfakultät in Tübingen gelangt, eine unmittelbare praktische Folge zu geben und erlaubt sich, seine Gründe hiefür in Folgendem darzulegen.

Das Tübinger Gutachten betrachtet es als ganz zweifellos, als „unverkennbar," daß das Württembergische Landrecht in seinem Titel von den privilegirten Testamenten ad pias causas (Thl. III, Tit. 6, §. 1—6) das römische Recht und namentlich die nicht glossirte cst. 46 C. de epist. (1, 3) „in dem Sinne wiederholt habe, daß irgend eine Staatsgenehmigung zu letztwilligen Stiftungen nicht hinzukommen habe." Es könne eben deßhalb von der Frage, ob sich in Württemberg ein Gewohnheitsrecht gegen das Erforderniß der Staatsgenehmigung gebildet habe, Umgang genommen werden. Ganz selbstverständlich sei es sodann, daß, was von letztwilligen Stiftungen ad pias causas gelte, auch von Stiftungen ad pias causas durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden zu gelten habe.

Bei der Würdigung dieser Sätze ist von vornherein als zweifellos allerdings anzuerkennen, daß die in Anwendung des §. 1—6 des Landrechtes, Thl. III, Tit. 6, getroffenen letztwilligen Verfügungen rechtsgiltig sind, ohne der Staatsgenehmigung zu bedürfen. Allein ebenso dürfte sofort einleuchten, daß es ein mit der bekannten Theorie von dem sog. Zweckvermögen ꝛc. zusammenhängender und nur durch sie erklärbarer Sprung in der Schlußfolgerung ist, wenn als hiemit von selbst gegeben die juristische Persönlichkeit, die selbstständige juristische Existenz solcher Zwecke, für welche eine letztwillige Zuwendung gemacht wurde, behauptet wird. Ganz abgesehen von der besonderen Frage über die Nothwendigkeit der Staatsgenehmigung tritt die Lücke in dieser Schlußfolgerung zu Tage, wenn man sich vergegenwärtigt, daß keineswegs alle der in dem

Landrecht bezeichneten letztwilligen Verfügungen die Bildung einer juristischen Persönlichkeit oder nach der neuerdings beliebten Terminologie die Ausscheidung eines besonderen Zweckvermögens beabsichtigen. In der Mehrzahl der von dem Landrecht privilegirten letztwilligen Verfügungen setzt dasselbe die Existenz einer juristischen Person jedenfalls voraus oder ist nur an einmalige Zuwendungen beispielsweise zur sofortigen Vertheilung von Almosen gedacht. Wenn sich schon hieraus ergibt, daß in dem Landrecht a. a. O. eine unmittelbare Entscheidung über die aufgestellte Frage nicht zu finden ist, so dient hiefür der letzte Paragraph des erwähnten Titels bei näherer Prüfung zur Bestätigung. In diesem Paragraphen, welcher den Kreis der piae causae ziemlich weit ausdehnt, werden „die Amtsleute und Gerichte angewiesen, die Geschäfte (letztwillige Verfügungen) und Legate ad pias causas vor andern Sachen zu gebührlicher schleuniger Exekution und Vollstreckung mit allem Fleiße zu richten." Darüber, wie sie für die Vollstreckung der letztwilligen Verfügungen zu sorgen haben, bestimmt das Landrecht Nichts. Wenn also der Testirer selbst die Gründung einer neuen selbstständigen Stiftung nicht beabsichtigt hat, so entsteht eine solche nicht. Wenn aber eine solche beabsichtigt war und wenn nach dem sonst geltenden Rechte die Einholung der landesherrlichen Genehmigung zur Gründung erforderlich ist, so liegt in jener Anweisung der Auftrag, zum Zwecke der Vollstreckung des letzten Willens die nothwendige Genehmigung der Stiftung einzuholen. Aus jener Bestimmung folgern zu wollen, daß eine Genehmigung nicht erforderlich sei, ist hiernach offenbar unzulässig. Es ist, worauf schon Mühlenbruch [49] mit Recht hingewiesen hat, zwischen der rechtlichen Möglichkeit, durch letztwillige Verfügungen für Wohlthätigkeitszwecke Legate oder den Nachlaß durch unmittelbare Erbeseinsetzung zu bestimmen und der Konstituirung einer

[49] Glück, Kommentar, Bd. XI, S. 1, §. 1488 b.

Stiftung mit selbstständiger juristischer Persönlichkeit zu unterscheiden. Man kann für das Letztere die Nothwendigkeit der Verleihung durch das Staatsoberhaupt behaupten, ohne jene Möglichkeit zu gefährden. Nur muß man sich hiebei vergegenwärtigen, daß die Staatsgenehmigung kein Akt der Willkühr ist. Sie kann unzweifelhaft einer nach dem Gesetze giltigen Stiftung nicht verweigert werden und hat gleichwohl eine sehr praktische Bedeutung.

Durch die Staatsgenehmigung und deren Veröffentlichung wird die thatsächliche Existenz einer Stiftung als juristische Person für die Staatsbehörden und ebenso für die Richter und die mit ihr in Verkehr tretenden Dritten in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise festgestellt. Dieß ist aber ganz abgesehen von der Kontroverse, ob zur Entstehung der juristischen Person Staatsgenehmigung erforderlich sei, für die Sicherheit des Verkehrs von wesentlichem Vortheil. Der Zweck einer letztwilligen Zuwendung für milde Zwecke kann in sehr vielen, ja in den meisten Fällen auf zwei Wegen erreicht werden. Entweder wird das hiefür bestimmte Vermögen mit dem Modus, dasselbe seinem stiftungsmäßigen Zweck gemäß zu verwenden, einer bereits bestehenden Anstalt oder Korporation überlassen oder wird dasselbe als selbstständige juristische Person anerkannt. Unzweifelhaft entscheidet über die Wahl zwischen diesen Möglichkeiten zunächst der Wille des Testators. Allein aus dem bloßen Dasein des Vermögens ist dieser Wille nicht zu erkennen. Nicht selten werden auch über die Absicht des Testators Zweifel bestehen können, welche erst im Falle einer gerichtlichen Klage durch den Richter entscheiden zu lassen für die Rechtssicherheit bedenklich wäre. Wenn daher die staatliche Genehmigung auch nicht erst die juristische Person erzeugen würde, sondern nur der Ausspruch wäre, daß eine juristische Person, ein selbstständiges Zweckvermögen bestehe, so würde dieselbe gleichwohl hierdurch nicht überflüssig und zwecklos, sich vielmehr auch vom Standpunkte der Gesetzgebung aus

rechtfertigen, wobei die Frage, ob sie von dem Staatsoberhaupt oder vermöge besonderer gesetzlicher Bestimmung von einer Staatsbehörde zu ertheilen ist, sowie was im Falle der grundlosen Verweigerung der Genehmigung zu geschehen hätte, hier dahingestellt bleiben kann.

Wie es sich nach dieser Erwägung von dem Standpunkte der gesetzgeberischen Zweckmässigkeit aus nicht unbedingt empfiehlt, auf das bisher von der Mehrzahl der Rechtsautoritäten aufgestellte Erforderniß staatlicher Genehmigung zur Gründung einer Stiftung mit juristischer Persönlichkeit zu verzichten, so geht andererseits aus dem Gesagten jedenfalls so viel hervor, daß das Landrecht die erörterte Frage nicht entscheidet und daß man auch für das württembergische Recht auf die gemeinrechtliche Theorie und auf das Gewohnheitsrecht angewiesen ist.

Mag man nun auch die bisher herrschend gewesene Ansicht von der Nothwendigkeit der Staatsgenehmigung und ihre unverkennbare Auktorität in der Gerichts- und Verwaltungs-Praxis theoretisch als durch die neueren Angriffe erschüttert betrachten, so ist hiemit doch noch keineswegs festgestellt, welche Ansicht im gegebenen Fall von den Württembergischen Gerichten befolgt würde. [50] Hiebei ist namentlich nicht außer Acht zu lassen, daß, wenn die Nothwendigkeit der Staatsgenehmigung nicht positiv aus

---

[50] Allerdings hat sich das K. Obertribunal in den in Bosch er's Zeitschrift, Bd. V, S. 192, mitgetheilten Gründen zu einem unter dem 30. Sept. 1857 ergangenen Erkenntniß dahin ausgesprochen, „daß Stiftungen zu frommen und wohlthätigen Zwecken eine juristische Persönlichkeit kraft Gesetzes beigelegt werden müsse, weil die Gesetze ganz bestimmt aussprechen, daß Erbeinsetzungen und Vermächtnisse zu frommen und milden Zwecken giltig geschehen dürfen." Allein dieser Satz der Gründe ist nur gegen die Einwendung, daß eine angefochtene Erbeseinsetzung einer milden Stiftung wegen mangelnder Rechtsfähigkeit derselben vor erworbener juristischer Persönlichkeit nichtig sei, gerichtet. Es kann hieraus mithin namentlich für Stiftungen durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden Nichts gefolgert werden. (D. Red. Sy.)

den Rechtsquellen dargethan werden kann, hiemit noch keineswegs festgestellt ist, daß dieser Grundsatz nicht durch Gewohnheitsrecht eingeführt worden ist und in dem modernen Staatsrecht seine Begründung findet.

Gerade diese Frage möchte für Württemberg nicht leichthin und unbedingt zu verneinen sein, zumal, wenn man die von der Tübinger Juristenfakultät für die letztwilligen Verfügungen gewonnenen Resultate im Einklang mit derselben auch auf Geschäfte unter Lebenden anwendet.

Man wird sich mit dem erwähnten Gutachten darin einverstanden erklären müssen, daß, wenn die Nothwendigkeit der Staatsgenehmigung für die Gründung einer pia causa mit juristischer Persönlichkeit durch eine letztwillige Verfügung nicht erforderlich ist, eine Stiftung ad pias causas auch durch Geschäfte unter Lebenden, ohne der Staatsgenehmigung zu bedürfen, errichtet werden kann. Dieß angenommen, ist es jedoch schwer, ja unmöglich, hievon selbst die sog. Vereine auszunehmen, sofern dieselben mit gemeinsamen Mitteln Zwecke verfolgen, welche in den Kreis der als piae causae von dem Landrechte bezeichneten Zwecke fallen.

Allerdings hat das Justizministerium in einer wohl zur Kenntniß des K. Ministeriums des Kirchen- und Schulwesens gelangten Note an das K. Ministerium des Innern vom 6. Dezember 1858 zwischen Stiftungen und Vereinen unterschieden. Allein schon in dieser Note, welche nach der damaligen, aus Anlaß der Behandlung der Kaulla'schen Familienstiftung in einer Note vom 7. Februar 1856 ausgedrückten Ansicht die Voraussetzung hatte, daß zwischen der Errichtung einer Stiftung durch letztwillige Verfügung und durch ein Geschäft unter Lebenden strenge zu unterscheiden sei, wurde anerkannt, daß die Grenze zwischen Stiftung und Verein bei gleichem Zweck nicht leicht bestimmt werden könne. [51]

---

[51] Vergl. auch Savigny, System II, S. 244.

Die unvermeidliche Konsequenz des von dem Fakultätsgutachten eingenommenen Standpunktes wäre daher, daß auch Vereinen, sofern sie einen als pia causa bezeichneten Zweck verfolgen, die juristische Persönlichkeit ohne Verleihung derselben durch die Staatsgewalt zukäme. So würde insbesondere auch ein Kloster, sofern dasselbe in Anwendung des Art. 17 des Gesetzes vom 30. Januar 1862 betr. die Regelung des Verhältnisses der Staatsgewalt zur katholischen Kirche vom staatskirchlichen Standpunkt aus die Genehmigung der Staatsregierung erhalten hat, von selbst auch die juristische Persönlichkeit haben.

Nach diesen Konsequenzen steht nun aber das Fakultätsgutachten in entschiedenem Widerspruch nicht allein mit zahlreichen Vorgängen, sondern auch mit ausdrücklichen Erklärungen der gesetzgebenden Faktoren und es liegt die Frage nahe, nicht, ob sich in Württemberg ein Gewohnheitsrecht *gegen* das Erforderniß der Staatsgenehmigung gebildet habe, wie das Fakultätsgutachten sagt, sondern ob nicht in Württemberg ein entschiedenes Gewohnheitsrecht *für* dieses Erforderniß sich gebildet hat.

Wenn man auch dem von Griesinger, Kommentar zum Landrecht, Bd. V, S. 165, erwähnten Vorgang, nach welchem das Zucht- und Arbeitshaus in Ludwigsburg durch besonderes Privilegium vom 9. März 1737 als ein pium corpus erklärt worden ist, kein Gewicht beilegen will, so ist doch seit einer langen Reihe von Jahren, wie die seit dem Jahr 1844 in den Regierungsblättern sich findende Bekanntmachung der betreffenden königlichen Entschließungen beweist, der Grundsatz der Nothwendigkeit der Staatsgenehmigung thatsächlich in Uebung gewesen. Unter den nach diesen Bekanntmachungen durch königliche Entschließung mit der juristischen Persönlichkeit ausgestatteten Anstalten und Vereinen zu frommen und milden Zwecken [52]

[52] Reg.-Bl. v. 1844, S. 555; 1845, S. 525, S. 49; 1846, S. 66; 1848, S. 244, 609; 1850, S. 184; 1851, S. 23, 279; 1852, S. 50; 1854, S. 121; 1855, S. 40; 1857, S. 28; 1858

fehlt es auch nicht an solchen, welche auf letztwilliger Verfügung oder Schenkung unter Lebenden beruhen und nicht entfernte Aehnlichkeit mit Vereinen haben; es sind dieß die Steudel'sche Stiftung, [53] die Schedler'sche Familienstiftung, [54] die Kaulla'sche Familienstiftung, [55] die Ludwig-Stiftung, [56] die Vincentiuspflege in Donzdorf, [57] und das Martinihaus in Rottenburg. [58] Die entschiedene Praxis der Verwaltung ist hienach unverkennbar für die Nothwendigkeit der Verleihung der juristischen Persönlichkeit durch die Staatsgewalt nicht nur für Vereine ad pias causas, sondern auch in Fällen, wo das für sie bestimmte Vermögen von Einzelnen durch Geschäfte von Todeswegen oder unter Lebenden herrührt. Es hat sich auch das Königl. Justizministerium in einer Note an das K. Ministerium des Innern vom 7. Febr. 1856 insbesondere ganz positiv dahin ausgesprochen, daß jedenfalls Stiftungen, welche durch Geschäfte unter Lebenden dotirt werden, zu ihrer rechtlichen Existenz der Verleihung der juristischen Persönlichkeit durch eine Entschließung des Staatsoberhauptes bedürfen, während diese Frage bezüglich der Errichtung einer Stiftung durch letztwillige Verfügung als eine bestrittene damals offen gelassen wurde.

Soviel dem Unterzeichneten bekannt ist, befand sich das Justizministerium mit dieser seiner Ansicht im Einklang mit der Ansicht der andern Ministerien und es hat dieselbe namentlich eine ausdrückliche Bestätigung der ge-

---

S. 76, 214; 1859, S. 51, 96; 1860, S. 9, 84, 62; 1861, S. 193; 1862, S. 34, 89; 1863, S. 12, 213, 265; 1864, S. 65, 227; 1866, S. 8, 124, 217, 244; 1867, S. 27, 68; 1868, S. 207, 208.

[53] Bekanntmachung vom 7. November 1862, Reg.-Bl. 198.

[54] Bekanntmachung vom 18. April 1860, Reg.-Bl., S. 62.

[55] 19. März 1856, Reg.-Bl. S. 55.

[56] 1866, S. 190.

[57] Reg.-Bl. von 1868, S. 11.

[58] eod. S. 188.

setzgebenden Faktoren aus Anlaß der Einbringung und Berathung des Gesetzesentwurfes über das Verhältniß der Staatsgewalt zu der katholischen Kirche gefunden.

In den Motiven zu Art. 15 des Regierungsentwurfes (S. 29) ist hierüber gesagt:

„Wenn die Minderheit der staatsrechtlichen Kommission (in ihrem Berichte über das Konkordat, S. 52) es als eine selbstverständliche Voraussetzung bezeichnet, daß ein solcher Verein (Kongregation oder geistlicher Orden) auch wenn er gleichzeitig geduldet, beziehungsweise, wenn seine Einführung von der Regierung genehmigt ist, hiedurch nicht die Rechte einer juristischen Person, also namentlich keine vermögensrechtliche Erwerbsfähigkeit habe, daß er vielmehr hiezu der ausdrücklichen Verleihung der juristischen Persönlichkeit vom Staate bedürfe, so kann die Richtigkeit dieser Voraussetzung auch von Seiten der Regierung bestätigt werden."

Dieser Auffassung, daß die Verleihung der juristischen Persönlichkeit durch die Staatsgewalt erforderlich ist, hat sich sowohl der Bericht der Mehrheit (S. 27), als der Minderheit (S. 16 und 17) der staatsrechtlichen Kommission der Kammer der Abgeordneten ausdrücklich angeschlossen und sie wurde bei der Berathung des Entwurfes von keiner Seite in Zweifel gezogen.

Diese Aeußerungen der gesetzgebenden Faktoren, wenn sie auch nicht Gesetzeskraft haben, sind immerhin eine Bestätigung der geltenden Rechtsanschauung von der Nothwendigkeit der Ertheilung der juristischen Persönlichkeit durch die Staatsgewalt auch für Zwecke, welche unter den Begriff der piae causae fallen, wie dieser Grundsatz auch von Pfeifer in der von der Juristenfakultät angeführten Schrift als geltendes Recht bezeugt wird.

Wenn nun auch auf die Frage, wie hierüber im einzelnen Falle des Streites von den Gerichten endgiltig entschieden würde, bei dem gegenwärtigen Stande der Kontroverse zum Voraus keine bestimmte Antwort möglich ist, so

wird doch das Ausgeführte genügen, um die Möglichkeit darzuthun, daß die Gerichte ein württembergisches Gewohnheitsrecht annehmen, vermöge dessen die Staatsgenehmigung ausnahmslos oder doch jedenfalls bei allen Rechtsgeschäften unter Lebenden zu Erwerbung der juristischen Persönlichkeit gefordert wird.

Die Betheiligten werden ebendeßhalb sich bei der Ansicht der Tübinger Juristenfakultät der Regel nach nicht beruhigen und es wenigstens bei der Gründung einer milden Stiftung oder Anstalt durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden im Interesse der Rechtssicherheit nicht unterlassen, die Verleihung der juristischen Persönlichkeit nachzusuchen, um für alle Fälle des vollen Rechtsschutzes gewiß zu sein.

Ebendeßhalb dürfte auch nach der Ansicht des Unterzeichneten für die Staatsregierung in dem Gutachten der Juristenfakultät in Tübingen ein hinreichender Grund nicht zu finden sein, von ihrer bisherigen Praxis abzuweichen. Die betreffenden Ministerien werden vielmehr nach dem Ausgeführten, wie bisher, wofern an sie ein derartiges Gesuch gelangt, eine dießfällige Entschließung des Staatsoberhauptes herbeizuführen haben.

Darüber, welche Folge der in Vorstehendem dargelegten Anschauung bezüglich des einzelnen vorliegenden Falles des Rödinger'schen Testamentes zu geben sei, hat der Unterzeichnete die Entschließung dem K. Ministerium des Kirchen- und Schulwesens anheimzugeben.

---

setzgebenden Faktoren aus Anlaß der Einbringung und Berathung des Gesetzesentwurfes über das Verhältniß der Staatsgewalt zu der katholischen Kirche gefunden.

In den Motiven zu Art. 15 des Regierungsentwurfes (S. 29) ist hierüber gesagt:

„Wenn die Minderheit der staatsrechtlichen Kommission (in ihrem Berichte über das Konkordat, S. 52) es als eine selbstverständliche Voraussetzung bezeichnet, daß ein solcher Verein (Kongregation oder geistlicher Orden) auch wenn er gleichzeitig geduldet, beziehungsweise, wenn seine Einführung von der Regierung genehmigt ist, hiedurch nicht die Rechte einer juristischen Person, also namentlich keine vermögensrechtliche Erwerbsfähigkeit habe, daß er vielmehr hiezu der ausdrücklichen Verleihung der juristischen Persönlichkeit vom Staate bedürfe, so kann die Richtigkeit dieser Voraussetzung auch von Seiten der Regierung bestätigt werden."

Dieser Auffassung, daß die Verleihung der juristischen Persönlichkeit durch die Staatsgewalt erforderlich ist, hat sich sowohl der Bericht der Mehrheit (S. 27), als der Minderheit (S. 16 und 17) der staatsrechtlichen Kommission der Kammer der Abgeordneten ausdrücklich angeschlossen und sie wurde bei der Berathung des Entwurfes von keiner Seite in Zweifel gezogen.

Diese Aeußerungen der gesetzgebenden Faktoren, wenn sie auch nicht Gesetzeskraft haben, sind immerhin eine Bestätigung der geltenden Rechtsanschauung von der Nothwendigkeit der Ertheilung der juristischen Persönlichkeit durch die Staatsgewalt auch für Zwecke, welche unter den Begriff der piae causae fallen, wie dieser Grundsatz auch von Pfeifer in der von der Juristenfakultät angeführten Schrift als geltendes Recht bezeugt wird.

Wenn nun auch auf die Frage, wie hierüber im einzelnen Falle des Streites von den Gerichten endgiltig entschieden würde, bei dem gegenwärtigen Stande der Kontroverse zum Voraus keine bestimmte Antwort möglich ist, so

wird doch das Ausgeführte genügen, um die Möglichkeit darzuthun, daß die Gerichte ein württembergisches Gewohnheitsrecht annehmen, vermöge dessen die Staatsgenehmigung ausnahmslos oder doch jedenfalls bei allen Rechtsgeschäften unter Lebenden zu Erwerbung der juristischen Persönlichkeit gefordert wird.

Die Betheiligten werden ebendeßhalb sich bei der Ansicht der Tübinger Juristenfakultät der Regel nach nicht beruhigen und es wenigstens bei der Gründung einer milden Stiftung oder Anstalt durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden im Interesse der Rechtssicherheit nicht unterlassen, die Verleihung der juristischen Persönlichkeit nachzusuchen, um für alle Fälle des vollen Rechtsschutzes gewiß zu sein.

Ebendeßhalb dürfte auch nach der Ansicht des Unterzeichneten für die Staatsregierung in dem Gutachten der Juristenfakultät in Tübingen ein hinreichender Grund nicht zu finden sein, von ihrer bisherigen Praxis abzuweichen. Die betreffenden Ministerien werden vielmehr nach dem Ausgeführten, wie bisher, wofern an sie ein derartiges Gesuch gelangt, eine dießfällige Entschließung des Staatsoberhauptes herbeizuführen haben.

Darüber, welche Folge der in Vorstehendem dargelegten Anschauung bezüglich des einzelnen vorliegenden Falles des Rödinger'schen Testamentes zu geben sei, hat der Unterzeichnete die Entschließung dem K. Ministerium des Kirchen- und Schulwesens anheimzugeben.

Fragmente.

Mittheilungen aus der Rechtsprechung des Obertribunals in Civilsachen.

Mit Bemerkungen.

(Von Dr. Kübel.)

A. Civilrecht.

1) Das Weiderecht des Eigenthümers neben einer bestehenden Schafweidegerechtigkeit.

Der Fürstl. Hohenlohe'schen Schäferei Schrozberg stand früher die Trieb- und Hutgerechtigkeit auf der Markung von Kreuzfeld zu; laut Erbpachtbriefes vom 1. Mai 1782 wurde aber diese Gerechtigkeit auf vier Bauernhöfe in Kreuzfeld übertragen, die zu $^5/_8$ in den Besitz der Fürstl. Standesherrschaft Hohenlohe-Oehringen gekommen sind, während die übrigen $^3/_8$ von Kreuzfelder Bauern besessen werden. Die Weidegerechtigkeit wird von den Weideberechtigten vermöge Uebereinkunft derselben in der Weise ausgeübt, daß sämmtliche Schafe der Berechtigten in Einer Heerde unter einem gemeinschaftlichen Hirten geweidet werden. Die F. Standesherrschaft ist zu 80, jeder der drei Bauern zu 16 Schafen berechtigt. Die Weidegerechtigkeit erstreckt sich auf die ganze Markung, jedoch nicht auf die Kleefelder und nicht auf die Wiesen in der geschlossenen Zeit. Unter dem Besitzthum der F. Standesherrschaft auf der Kreuzfelder Markung befindet sich nun ein Komplex von ungefähr 162 Morgen Kleefelder und Wiesen, und es wurde von der Standesherrschaft das Recht in Anspruch genommen, diese ihre Kleefelder und Wiesen, und zwar erstere das ganze Jahr hindurch, letztere

in der geschlossenen Zeit mit einer der Zahl nach unbeschränkten Sonderheerde unter einem eigenen Hirten zu beweiden. Diesem widersetzten sich zwei der weideberechtigten Kreuzfelder Bauern, indem sie Klage gegen die F. Standesherrschaft dahin erhoben, daß diese nicht befugt sei, eine Sonderheerde auf der Markung von Kreuzfeld und zwar auch nicht auf ihren eigenen Kleeäckern und auf ihren Wiesen während der für die gemeinschaftliche Heerde geschlossenen Zeit weiden zu lassen. Diese Klage wurde jedoch nicht als gegründet erkannt und es besagen dießfalls die Entscheidungsgründe des Obertribunals:

Die Befugniß, Schafe auf einem Gute zu halten und auf demselben weiden zu lassen, fließt aus dem Eigenthumsrechte und deren Ausübung ist daher an sich jedem Gutsbesitzer gestattet, sofern die Ausübung möglich ist, ohne fremde Grundstücke mit der Schafheerde zu berühren, und die aus dem Eigenthum fließende Befugniß nicht durch Rechte Dritter beschränkt ist. Unbegründet ist die kl. Seits aufgestellte Behauptung, daß in dem Eigenthumsrechte nur die Befugniß zur Beweidung durch einzelne Schafe, nicht aber zur Haltung einer Schafheerde unter einem eigenen Hirten begriffen sei. Denn nach Art. 1 des Schäfereigesetzes vom 9. April 1828 ist jeder Eigenthümer eines geschlossenen Gutskomplexes berechtigt, auf seinem Eigenthum eine Schäferei zu errichten und eine Schafheerde unter einem eigenen Hirten zu vereinigen, wenn keine besondern Rechte Dritter entgegenstehen, und es bedarf hiezu nur einer vorgängigen Anzeige bei dem Bezirksamte. Das bekl. Seits angesprochene Recht der Beweidung der in dem erwähnten Gutskomplexe befindlichen Kleefelder und Wiesen durch eine eigene Heerde unter einem eigenen Hirten ist daher durch das unbestrittene Eigenthumsrecht der bekl. Standesherrschaft an sich dargethan. Kl. Seits wird nun aber

1) behauptet, daß auf der Markung von Kreuzfeld die Befugniß der Grundeigenthümer zur Beweidung ihrer

Grundstücke durch das den Klägern in Gemeinschaft mit den Beklagten zustehende besondere Schafweiderecht ausgeschlossen sei. Aus der Natur des dießfalls bestehenden Rechtsverhältnisses kann dies aber nicht gefolgert werden. Den Klägern steht unbestrittenermaßen in Gemeinschaft mit der beklagten Standesherrschaft und dem an dem Rechtsstreite nicht betheiligten Johann Georg Seiffert ein Weiderecht auf der Markung von Kreuzfeld zu dergestalt, daß sie nicht nur zur gegenseitigen Beweidung ihrer Grundstücke, sondern auch zur Beweidung der im Eigenthum Dritter befindlichen übrigen Grundstücke der Markung, soweit solche ihrer Kultur nach zur Beweidung sich eignet, befugt sind. Dieses Weiderecht stellt sich, soweit es sich nicht um die Beweidung der eigenen Güter eines jeden Berechtigten handelt, als ein Dienstbarkeitsrecht dar. Eine Weidegerechtigkeit schließt aber an sich die Konkurrenz des Eigenthümers nicht aus, und es kann der Servitutberechtigte auf Grund des ihm zustehenden Weiderechtes den Eigenthümer nicht hindern, seine Grundstücke gleichfalls zu beweiden, soweit dadurch nicht in die Rechte des Servitutberechtigten eingegriffen wird. Allerdings kann mit der Weidegerechtigkeit auch das ausschließliche Recht, überhaupt, Schafe zu halten, verbunden sein. Allein es ist dieses Recht nicht von selbst schon in der Weidegerechtigkeit inbegriffen und bedarf daher besonderen Beweises. An diesem Beweise fehlt es aber im vorliegenden Falle . . . . . Klägerischer Seits ist zwar Beweis durch Zeugen dafür angetreten worden, daß seit unvordenklicher Zeit Niemand außer den Besitzern der vier Kreuzfelder Bauernhöfe weideberechtigt gewesen sei und man dieß in Kreuzfeld niemals anders gewußt habe. Allein von einem unvordenklichen Zustande kann hier schon um deßwillen keine Rede sein, weil urkundlich feststeht, auf welche Weise die Besitzer der vier Bauernhöfe die Weidegerechtigkeit erworben haben und für den Inhalt der Weidegerechtigkeit ebendaher der Erbpachtbrief vom 1. Mai 1782 maßgebend ist, der von einem

ausschließlichen Rechte zur Schafhaltung Nichts enthält. Wenn aber klägerischer Seits darauf Gewicht gelegt wird, daß inzwischen ausschließlich nur die Besitzer der vier Bauernhöfe Schafe auf der Kreuzfelder Markung gehalten und geweidet haben, so konnte durch die bloße Unterlassung der Weideausübung seiten der Grundeigenthümer der Kreuzfelder Markung diesen das im Eigenthum gegründete Recht zur Beweidung ihrer Güter nicht verloren gehen, und es hätte für die Besitzer der vier Bauernhöfe ein ausschließliches Schafhaltungsrecht durch Ersitzung nur dann begründet werden können, wenn die Grundeigenthümer als solche die Weide auszuüben versucht, die Besitzer der vier Bauernhöfe sie aber hieran verhindert und jene sich hierbei während der Ersitzungszeit beruhigt hätten. Dieß ist aber seiten der Kläger gar nicht behauptet worden.

2) Kl. Seits wird nun aber weiter geltend gemacht, daß, wenn auch die Grundeigenthümer einem Weideberechtigten gegenüber an sich befugt sein sollten, die Weide gleichfalls auszuüben, diese Befugniß da ausgeschlossen sei, wo die Grundeigenthümer einer Markung sich zur gemeinschaftlichen Ausübung ihres Schafweide- und Schafhaltungsrechtes geeinigt, die Stückzahl, die jeder zu halten und zur gemeinsamen Heerde zu treiben befugt sein solle, für jedes Gut festgestellt haben und alles dieß sich zu einem bindenden Rechtsverhältniß gestaltet habe. Allein dies paßt nicht auf den vorliegenden Fall, sofern die Weideberechtigung der Kläger wie der Beklagten nicht auf einer Uebereinkunft der Grundeigenthümer der Markung über gegenseitige Beweidung ihrer Grundstücke beruht, sondern das Weiderecht vordem der herrschaftlichen Schäferei zu Schrozberg zugestanden und erst von dieser auf die Besitzer der vier Bauernhöfe übergegangen ist, das Recht zur gegenseitigen Beweidung der Grundstücke der Kläger und der Beklagten sowohl, als zur Beweidung der Grundstücke der im Eigenthum Dritter befindlichen Grundstücke der Markung somit in dem für die herrschaftliche Schäferei erworbenen Dienstbarkeitsrechte

seinen Grund hat. Sofern aber kl. Seits geltend gemacht werden wollte, daß die Weideberechtigten durch Uebereinkunft unter sich festgesetzt haben, wie viele Schafe jeder Berechtigte auf die gemeinschaftliche Weide treiben, sowie daß er die festgesetzte Schafzahl nur in Gemeinschaft mit den Schafen der übrigen Berechtigten und unter einem gemeinschaftlichen Hirten weiden dürfe, so folgt hieraus zwar, daß diejenigen Grundstücke der Markung, welche und soweit sie der gemeinsamen Beweidung unterliegen, auch von dem weideberechtigten Eigenthümer derselben nicht mit mehr als der festgesetzten Schafzahl und nicht mit einer Sonderheerde beweidet werden dürfen. Es ist aber dadurch die besondere Beweidung derjenigen Grundstücke nicht ausgeschlossen, welche vermöge ihrer Kulturart der gemeinsamen Beweidung entzogen sind, was, wie unbestritten, bezüglich der Kleefelder das ganze Jahr hindurch und bezüglich der Wiesen während der geschlossenen Zeit zutrifft. Denn bezüglich dieser Grundstücke ruht, obgleich sie in den Weidebezirk gehören, das Weiderecht Dritter während der Dauer der betreffenden Kultur, beziehungsweise während der geschlossenen Zeit; es kann daher insolange die unter den Weideberechtigten bezüglich der gemeinsamen Ausübung des Weiderechtes getroffene Uebereinkunft auf jene Grundstücke auch keine Anwendung finden.

3) Die Kläger behaupten nun zwar, daß durch die Sonderheerde der Beklagten das Weiderecht der Kläger beeinträchtigt und nahezu illusorisch gemacht werde. Eine Beeinträchtigung des Weiderechtes durch die Beweidung der Kleefelder haben jedoch die Kläger selbst nicht darzuthun vermocht und es ließe sich auch nicht absehen, wie die Kläger hiedurch sollten beeinträchtigt werden können, da in Folge des dem Feldbau durch das Schäfereigesetz von 1828 eingeräumten unbedingten Vorzugs vor dem Weiderechte den Beklagten nicht verwehrt werden kann, ihre Grundstücke willkührlich mit Klee einzubauen, so lange

aber ein Grundstück mit Klee angebaut ist, solches gegen den Willen des Eigenthümers nicht beweidet werden darf. Es werden daher die Kläger in keiner Weise benachtheiligt, wenn die mit Klee eingebauten Felder durch Schafe der Beklagten abgeweidet werden, da sie der gemeinschaftlichen Heerde keinenfalls zu gut kommen würden. Was aber die Beweidung der Wiesen durch eine Sonderheerde der Beklagten während der geschlossenen Zeit betrifft, so haben die Kläger zwar geltend gemacht, daß, wenn die Wiesen in der geschlossenen Zeit abgeweidet werden, für die gemeinschaftliche Heerde in der offenen Zeit kein oder nur wenig Futter übrig bleibe. Allein der Eigenthümer ist dem Weideberechtigten gegenüber zu mehr nicht verpflichtet, als ihm seine Wiesen in der offenen Zeit zur Beweidung zu überlassen, während in der geschlossenen Zeit die Weidegerechtigkeit ruht und in Folge dessen der Eigenthümer an der eigenen Ausbeutung seiner Wiesen durch die Weidegerechtigkeit nicht gehindert ist. Es kann daher dem Eigenthümer an sich auch nicht verwehrt werden, in dieser Zeit seine Wiesen abweiden zu lassen. Der Umstand, daß hiedurch die Weide für die offene Zeit verschlechtert wird, kann für sich allein einen Grund nicht abgeben, dem Eigenthümer die Beweidung seiner Wiese in der geschlossenen Zeit zu verbieten, da für diesen mindestens nach den Grundsätzen des württ. Rechtes keine allgemeine Verpflichtung zur Unterlassung von Handlungen besteht, wodurch die Weidegerechtigkeit beeinträchtigt wird. Denn durch das Schäfereigesetz von 1828 ist das Schafweiderecht nicht nur dem Feldbau völlig untergeordnet, sondern auch weiter bestimmt worden, daß der Eigenthümer durch das Weiderecht in keiner Weise gehindert werden könne, sei es durch Urbarmachung des Bodens, durch Kulturveränderung oder auf sonstige Weise, den höchst möglichen Ertrag aus seinem Boden zu ziehen, und zwar auch dann nicht, wenn hiedurch die Ausübung des Weiderechtes ganz vereitelt werden sollte. Hält es der Eigen-

thümer daher zur Erzielung des höchst möglichen Ertrages seines Bodens landwirthschaftlich für angemessen, seine Wiesen in der geschlossenen Zeit abweiden zu lassen, so kann ihm dies aus dem Grunde einer Benachtheiligung der Weidegerechtigkeit nicht verwehrt werden, da ihm ja unbenommen ist, seine Felder selbst in einer solchen Weise zu bewirthschaften, daß dadurch deren Beweidung vollständig ausgeschlossen wird.

Kl. Seits ist diesem zwar entgegengehalten worden, daß aus der Berechtigung des Eigenthümers, durch Kulturveränderungen das Weiderecht ganz auszuschließen, nicht auf die Berechtigung geschlossen werden könne, durch Beweidung der Wiesen während der geschlossenen Zeit diese so auszunützen, daß für die offene Zeit keine Nahrung für die Schafe übrig bleibe. Denn die Kulturveränderungen seien durch landwirthschaftliche Grundsätze bedingt und finden in diesen ihre natürliche Begrenzung; es können daher durch die Gestattung von Kulturveränderungen nicht wohl sämmtliche Wiesen der Beweidung entzogen werden, während dies bei einer Beweidung derselben in der geschlossenen Zeit der Fall wäre. Allein einmal werden auch durch die Beweidung in der geschlossenen Zeit die Wiesen der Beweidung in der offenen Zeit nicht völlig entzogen, da das Gras der Natur der Sache nach nachwächst und dadurch die Wiesen zur Beweidung wieder mehr oder weniger tauglich werden, wobei auch die Frühjahrsweide weiter in Betracht kommt. Sodann aber ist auch die Beweidung in der geschlossenen Zeit durch landwirthschaftliche Grundsätze bedingt, indem kein Eigenthümer seine Wiesen beweiden lassen wird, wenn und soweit er durch Abmähung derselben einen höheren Ertrag erzielen kann. Findet er aber die Beweidung der Wiesen in der geschlossenen Zeit vom landwirthschaftlichen Standpunkte in seinem Interesse und glaubt er durch diese Art der Bewirthschaftung aus seinen Wiesen einen höheren Nutzen erzielen zu können, so kann ihm diese Bewirthschaftungsweise

wegen eines bestehenden Weiderechtes nicht untersagt werden, da nach den Grundsätzen des Schäfereigesetzes der Eigenthümer durch das Weiderecht nicht gehindert werden kann, den höchst möglichen Ertrag aus seinen Grundstücken zu ziehen und die Wahl der ihm hiezu am meisten geeignet scheinenden Bewirthschaftungsweise seiner freien Wahl unterliegt, nirgends aber ausgesprochen ist, daß er die Erzielung dieses höchsten Ertrages nicht auch durch Beweidung seiner Grundstücke in der geschlossenen Zeit bewirken dürfe.

Entscheidung des Obertribunals vom 11. Novbr. 1870 in der Berufungssache Greber und Gen. c. Standesherrschaft Hohenlohe-Oehringen.

2) Das Erforderniß der Rechtsausübung bei der Servitutenersitzung; Speisung von Privatbrunnen aus öffentlichen Brunnenleitungen.

Ein in dem Hofe des Kaufmanns W. zu Gmünd befindlicher Privatbrunnen war seit einem Zeitraum von mehr denn 70 Jahren aus der städtischen Wasserleitung, durch welche die öffentlichen Brunnen versorgt werden, mittelst einer an derselben angebrachten Zweigleitung gespeist worden, ohne daß jedoch über die Entstehung dieses Verhältnisses Etwas bekannt war. Dasselbe Verhältniß bestand auch bezüglich mehrerer anderer Privatbrunnen zu Gmünd. Der vermehrte Wasserbedarf veranlaßte nun die Gemeindebehörde daselbst, sämmtlichen Inhabern von Privatleitungen aus den städtischen Wasserleitungen die seither eingeräumte Befugniß zu entziehen, indem davon ausgegangen wurde, daß die Bedürfnisse der Stadt unbedingt vorgehen und die Befugnisse der Privatbrunnenbesitzer der Natur der Sache nach als auf einer jederzeit widerruflichen Vergünstigung beruhend zu betrachten seien. Kaufmann W., dagegen davon ausgehend, daß es sich um ein auf seinem Hause ruhendes Realdienstbarkeitsrecht handle, erhob Klage gegen die Stadtgemeinde Gmünd auf Aner-

kennung des Rechtes auf den Wasserbezug, indem er seinen Anspruch unter Anderem auf Ersitzung gründete. Die Klage wurde abgewiesen und es besagen die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe bezüglich des Klagegrundes der Ersitzung:

Die Klage ist auf Ersitzung gegründet worden, indem geltend gemacht wird, daß der Brunnen im Hofe des klägerischen Hauses seit einem die Ersitzungszeit weit übersteigenden Zeitraum seine Speisung aus der städtischen Wasserleitung erhalten und in dieser ganzen Zeit der Kläger und seine Besitzvorfahren in dem fehlerfreien Besitze des Dienstbarkeitsrechtes sich befunden haben. Allein der Besitz eines Dienstbarkeitsrechtes, und in Folge dessen auch die auf dem fortgesetzten Besitze beruhende Ersitzung eines solchen, hat zur wesentlichen Voraussetzung, daß die geltend gemachten angeblichen Besitzhandlungen als Rechtsausübung sich darstellen, die Umstände des Falles somit keinen Zweifel darüber lassen, es habe durch die fraglichen Handlungen ein Dienstbarkeitsrecht ausgeübt, beziehungsweise eine Dienstbarkeit geduldet werden wollen — l. 25 D. quemadm. serv. amitt. (8, 6), l. 1, §. 6 de itinere actuque priv. (43, 19).[1]

In vorliegendem Falle lassen aber die Umstände die Annahme einer Rechtsausübung nicht zu, vielmehr weisen dieselben darauf hin, daß der Wasserbezug für den Brunnen des Klägers aus der städtischen Wasserleitung stets den Charakter einer widerruflicher Vergünstigung hatte. Die städtische Wasserleitung, aus welcher der Kläger die Speisung seines Brunnens beansprucht, hat ihrer Natur nach den Zweck, dem allgemeinen städtischeu Wasserbedürfnisse zu dienen und zu diesem Behufe insbesondere die öffentlichen Brunnen mit dem erforderlichen Wasser zu versorgen. Daß

---

[1] Seuffert, Archiv, Bd. V, Nro. 255; Bd. IX, Nro. 133; Bd. XIV, Nro. 14, 211; Bd. XV, Nro. 185; Bd. XX, Nro. 19, 210, 211, 212; Bd. XXII, Nro. 146, 219; Bd. XXIII, Nro. 75.

die Erreichung dieses sowohl für die gesundheitlichen Verhältnisse, als für die gewerbliche und industrielle Entwickelung einer Stadt hochwichtigen Zweckes nicht beeinträchtigt werde, dafür zu sorgen ist eine unabweisbare und dringende Obliegenheit der Gemeindebehörden. Die Abgabe von Wasser aus den städtischen Wasserleitungen zur Speisung von Privatbrunnen kann daher von einer Gemeindebehörde ohne Verletzung ihrer Pflichten nur gestattet werden, soweit dies ohne Beeinträchtigung des Hauptzweckes der Wasserleitungen und ohne Gefährdung des durch ausreichende Wasserversorgung bedingten öffentlichen Wohles geschehen kann. Wo daher eine solche Abgabe von für öffentliche Zwecke bestimmtem Wasser an Private erfolgt ist, muß im Zweifel unterstellt werden, daß diese Abgabe nur mit der in der Natur der Sache liegenden Bedingung des Widerrufes für den Fall der Kollision der vorgehenden öffentlichen Interessen erfolgt ist, da von einer geordneten, umsichtigen und ihrer Pflichten sich bewußten Gemeindeverwaltung, wie sie im Zweifel unterstellt werden muß, sich nicht annehmen läßt, daß sie ohne Berücksichtigung des zukünftigen öffentlichen Bedürfnisses das hiefür bestimmte Wasser zu Privatzwecken abgegeben und sich dadurch in einer das öffentliche Wohl beeinträchtigenden Weise gebunden haben werde. [2]

---

[2] Von demselben Gesichtspunkte ging auch eine frühere Entscheidung des Obertribunals vom 15. Mai 1866 in Sachen Waiblingen c. Beck aus, indem hier gesagt wurde: „Der Brunnen, dessen Abwasser der Beklagte in Anspruch nimmt, ist ein zum öffentlichen Gebrauche bestimmter Gemeindebrunnen. Schon dieß spricht dafür, daß in Beziehung auf die Benützung des Brunnens die Gemeinde keinem Einzelnen besondere, sie bindende und an der Verfügung über den Brunnen sie beeinträchtigende oder gar hindernde Befugnisse werde eingeräumt haben, und daß der Einzelne Das, was ihm in Beziehung auf die Benützung des Brunnens etwa gestattet worden, nicht als eine eigentliche Gerechtigkeit betrachtet haben werde."

Um Letzteres im vorliegenden Falle annehmen zu können, müßten daher besondere hiefür sprechende Umstände vorliegen. Dies ist aber nicht der Fall, vielmehr weist das von den Gemeindebehörden zu Gmünd bezüglich der Wasserabgabe an Privatbrunnen aus den städtischen Wasserleitungen befolgte Verfahren darauf hin, daß auch in Gmünd die Benützung der städtischen Wasserleitungen zur Speisung von Privatbrunnen nur unter dem Vorbehalt des Vorgangs den öffentlichen Interessen im Kollisionsfalle gestattet worden ist und daher in der Ableitung des Wassers zu Privatzwecken eine Rechtsausübung nicht erblickt werden kann. Es kommt in dieser Beziehung in Betracht, daß unbestrittener Maßen seit den 1820er Jahren den Besitzern von Privatbrunnen, welche aus den städtischen Wasserleitungen ihre Speisung erhielten, eine jährliche Abgabe von Einem Gulden und zwar „für die Benützung der städtischen Wasserleitung mittelst Abführung des Wassers zu ihren Brunnen" auferlegt worden ist. Wenn uun auch mit einem Realdienstbarkeitsrechte eine dem Berechtigten obliegende Gegenleistung nicht als schlechthin unvereinbar zu erachten ist, so kann doch eine Abgabe der fraglichen Art, welche einer Mehrheit von Brunnenbesitzern von der Gemeindebehörde auferlegt worden ist, ohne besondere hier nicht vorliegende Gründe nicht wohl unter einem anderen Gesichtspunkte, als den eines Rekognitionsgeldes gebracht werden, in dessen Bezahlung ebendaher die fortdauernde Anerkennung des Rechtes der Stadtgemeinde auf das Wasser und der blos widerruflichen Verleihung des Gebrauches desselben gelegen ist. Daß die Abgabe zugleich auch dazu bestimmt war, einen Beitrag zu den Wasserleitungs-Unterhaltungskosten zu gewähren, kann an der Natur der Abgabe nichts ändern und die in deren einseitigen Auferlegung durch die Gemeindebehörde und die vorangestellte Motivirung derselben durch die Gestattung der Benützung der städtischen Wasserleitung gelegene, gegen die Ausübung eines Dienstbarkeitsrechtes sprechende Anzeige

nicht schwächen. Hiezu kommt, daß die Gemeindebehörden sich nicht nur ausdrücklich mehrfach dahin ausgesprochen haben, daß die Bedürfnisse der Stadt denen der Privatbrunnenbesitzer vorgehen müssen und sich nicht wohl annehmen lasse, es sei von der früheren Stadtbehörde letzteren die Vergünstigung in anderem Sinne ertheilt worden, als daß solche unbeschadet der Rechte der Gemeinde ausgeübt werde, sondern, daß die Gemeindebehörden sich auf Grund dessen auch das Recht beigelegt haben, den Wasserbezug der Privatbrunnenbesitzer einseitig zu reguliren und zu beschränken. Es gehört dahin die Verfügung, an den Wasserleitungen der Häuserbesitzer solche Vorrichtungen anzubringen, die es unmöglich machen, daß den öffentlichen Brunnen ihr benöthigtes Wasser entzogen werden könne. Es gehört dahin ferner die im Juli 1859 ergangene Anordnung, über die Zeit der heißen Witterung alle Brunnen der Privaten wegen Wassermangels schließen zu lassen, damit die öffentlichen Brunnen gehörig mit Wasser versehen seien. Es ist endlich dahin zu zählen die im Jahre 1864 durch den Gemeinderath erfolgte Reduktion der dem Brunnen des Klägers zufließenden Wassermenge auf Ein Maaß und die am 21. Oktober 1869 wieder erfolgte Erhöhung des Wasserzuflusses auf zwei Maaß per Minute. Alle diese Verfügungen der Gemeindebehörde zeigen, daß dieselbe die Wasserabgabe an die Privatbrunnen nur als eine prekäre, den öffentlichen Interessen untergeordnete betrachtet hat, und ebenso kann Angesichts dieser Verfügungen nicht angenommen werden, daß die Privatbrunnenbesitzer, indem sie das Wasser für ihre Brunnen aus den städtischen Wasserleitungen bezogen, ein auf ihren Häusern ruhendes Realdienstbarkeitsrecht auszuüben geglaubt haben.

Daß dieß bezüglich des Klägers sich anders verhalten, ist nach den obwaltenden Umständen nicht anzunehmen. Vor Allem spricht dafür, daß bezüglich des klägerischen Brunnens dasselbe Verhältniß stets obgewaltet, wie bezüglich der übrigen aus den städtischen Wasserleitungen ge-

speisten Privatbrunnen der Umstand, daß der Kläger seit der Erwerbung seines Anwesens und unbestrittenermaßen auch schon sein Besitzvorgänger dieselbe Brunnenabgabe von Einem Gulden an die Stadtpflege bezahlt haben, wie andere Brunnenbesitzer. Es wird dasselbe ferner dadurch bestätigt, daß die gemeinderäthliche Verfügung, wodurch die Anbringung von Vorrichtungen an den Wasserleitungen der Häuserbesitzer zur Kontrolirung des Wasserbezuges im Interesse des für die öffentlichen Brunnen benöthigten Wassers angeordnet worden ist, auch auf den Brunnen des Klägers Anwendung gefunden hat, sofern von dem Kläger selbst nicht bestritten worden ist, daß der Brunnenkasten vor seinem Hause zum Zwecke der Kontrolirung seines Wasserbezuges diene. Es kommt weiter hinzu, daß eine Regulirung des Wasserbezuges seiten der Gemeindebehörden, wie erwähnt, eben bei dem Brunnen des Klägers in den Jahren 1864 und 1869 stattgefunden hat, und wenn auch der Kläger angibt, daß er sich die Regulirung habe gefallen lassen, weil sie seinem Bedürfnisse entsprochen, so wird damit an der Thatsache Nichts geändert, daß die Regulirung einseitig durch die Gemeindebehörde erfolgt ist, diese somit auch den Wasserbezug des Klägers ihren Anordnungen unterworfen hat. Ob von der im Juli 1859 verfügten zeitweiligen Schließung aller Privatbrunnen auch der Brunnen des Klägers betroffen worden, steht zwar dahin; allein, wenn dieß auch nicht der Fall gewesen sein sollte, so wäre dies bei der Gleichartigkeit der sonstigen Verhältnisse zu dem Beweise nicht hinreichend, daß bezüglich des klägerischen Brunnens ein anderes Rechtsverhältniß als bezüglich der übrigen Privatbrunnen bestanden habe. Auch darauf, daß laut des Gemeinderathsprotokolles vom 1. Febr. 1858 die Stadtpflege von dem Gemeinderathe legitimirt worden ist, mit dem Kläger hinsichtlich seines Rechtes ein entsprechendes Abkommen zu treffen, kann ein entscheidendes Gewicht zu Gunsten des klägerischen Anspruches nicht gelegt werden. Denn in Ermangelung

sonstiger Anhaltspunkte und bei den sonst vorliegenden Erklärungen und Verfügungen des Gemeinderathes kann in dem fraglichen Beschlusse mehr nicht als die Legitimation der Stadtpflege zu Vergleichsunterhandlungen mit dem Kläger über das von ihm angesprochene Recht, nicht aber ein Anerkenntniß des Bestehens eines Dienstbarkeitsrechtes, wie es von dem Kläger jetzt geltend gemacht wird, gefunden werden.

Fehlt hienach dem Wasserbezuge für den Brunnen des Klägers der Charakter der Rechtsausübung, so können in Folge dessen die auf den Wasserbezug gerichteten Handlungen auch nicht als Besitzhandlungen betrachtet, und es kann durch sie der Beweis der Ersitzung eines Dienstbarkeitsrechtes nicht geführt werden.

Entscheidung des Obertribunals vom 26. Novbr. 1870 in der Berufungssache Weiblen c. Gmünd.

3) Die Verbindlichkeit zur Theilnahme an den Kosten einer gemeinsamen Wiesenwässerungsanstalt als Reallast.

Für einen Komplex von im Besitze verschiedener Personen befindlicher Wiesen bestand seit unvordenklicher Zeit eine gemeinsame Wässerungsanstalt, deren Unterhaltungskosten stets von den jeweiligen Wiesenbesitzern als solchen nach Verhältniß des Meßgehalts ihrer Wiesen gemeinschaftlich zu tragen waren und getragen worden sind. Ein Theil der Wiesenbesitzer wollte nun dieses Verhältniß lösen, indem dieselben von der Wässerungsanstalt für ihre Wiesen ferner keinen Gebrauch mehr machen zu wollen erklärten und in Folge dessen die fernere Theilnahme an den Kosten der Wässerungsanstalt aufsagten. Dieß veranlaßte die übrigen Wiesenbesitzer, Klage auf Anerkennung der Verbindlichkeit sämmtlicher Wiesenbesitzer zur fortdauernden Theilnahme an den Unterhaltungskosten der Wässerungsanstalt zu erheben. Diese Klage wurde begründet erachtet

und es besagen hierüber die Entscheidungsgründe des Obertribunals:

Es ist unbestritten, daß für die im Besitze der streitenden Parteien befindlichen, theils auf Nagolder, theils auf Iselshauser Markung liegenden Wiesen in der Dockenau seit unvordenklicher Zeit eine gemeinsame Wässerungs-Anstalt besteht und deren Unterhaltungskosten stets von den jeweiligen Wiesenbesitzern als solchen nach Verhältniß des Meßgehaltes ihrer Wiesen gemeinschaftlich zu tragen waren und getragen worden sind. Ueber den Ursprung dieses Rechtsverhältnisses ist nichts bekannt, und die einzige Nachricht aus früherer Zeit besteht darin, daß laut Untergangsprotokoll vom 2. Mai 1766 damals Streitigkeiten zwischen den Wiesenbesitzern wegen des Wässerungsgrabens und der zu erhaltenden Fürsetzin entstanden waren, in Folge deren von dem Untergangsgerichte verordnet wurde, welche Weite der Wässerungsgraben bei den einzelnen Wiesen vor beständig haben und welche Wiesenbesitzer eine Fürsetzin zu halten berechtigt sein sollen. So dürftig aber diese Nachrichten auch sind, so ergibt sich aus denselben doch jeden Falls so viel, daß das bezüglich der fraglichen Wässerungsanstalt bestehende Rechtsverhältniß nach seiner unbestrittenen thatsächlichen Gestaltung insofern realer Natur ist, als sowohl die Rechte der Wiesenbesitzer auf die Benützung der gemeinsamen Wässerungsanstalt, als ihre Verbindlichkeit zu deren Unterhaltung an den Besitz der Wiesen geknüpft erscheinen und jene Rechte, wie diese Verbindlichkeit stets mit den Wiesen auf deren Besitzer übergegangen sind. Ist es aber hienach der Besitz der Wiesen, durch welchen die den einzelnen Wiesenbesitzern der Gesammtheit sämmtlicher Wiesenbesitzer gegenüber obliegende Verbindlichkeit zur verhältnißmäßigen Theilnahme an den Unterhaltungskosten der gemeinsamen Wässerungsanstalt bestimmt wird, so fällt damit die fragliche Verbindlichkeit unter den rechtlichen Gesichtspunkt einer Reallast. Einer solchen kann sich aber der Verpflichtete, so lange er im

Besitze des Grundstückes sich befindet, an welches die Reallast geknüpft ist, nicht entziehen, eben weil die Thatsache des Besitzes es ist, welche ihn verpflichtet, und es können daher auch die Beklagten nicht dadurch, daß sie die Wässerungsanstalt für ihre Wiesen nicht mehr benützen und von der Wässerung keinen Gebrauch mehr machen zu wollen erklären, ihrer Beitragsverbindlichkeit zu den Unterhaltungskosten der Wässerungsanstalt sich entziehen.

Zwar kann darüber ein Zweifel nicht wohl bestehen, daß der Grund und die Veranlassung der Verknüpfung der Beitragspflicht zu den Unterhaltungskosten der Wässerungsanstalt mit den Wiesen der streitenden Parteien, wie sie unbestrittenermaßen seit Menschengedenken thatsächlich besteht, darin zu suchen ist, daß die Wässerungsanstalt für sämmtliche derzeit im Besitze der streitenden Theile befindliche Wiesen errichtet worden ist und das Recht zu deren Benützung mit diesen Wiesen real verknüpft ist. Allein daraus folgt nicht, daß die Beklagten, wenn sie von diesem Rechte keinen Gebrauch mehr machen wollen, auch der mit ihren Wiesen verknüpften Last einseitig sich entledigen können, vielmehr bleibt diese, nachdem sie einmal begründet worden, bestehen, wenn auch die Beklagten des Rechtes sich entschlagen wollten, das den Anlaß und Grund zu der Entstehung der Unterhaltungslast abgegeben hat.

Die Bekl. machen nun zwar dagegen geltend, daß das zwischen den streitenden Parteien bezüglich der Wässerungsanstalt bestehende Rechtsverhältniß als ein Gesellschafts- (Sozietäts-) Verhältniß sich darstelle, das nach den bestehenden Rechtsgrundsätzen jederzeit gekündigt werden könne, wenn die Kündigung nur nicht zur Unzeit oder betrüglich geschehe, was hier nicht zutreffe. Allein von einem Gesellschaftsverhältniß zwischen den streitenden Theilen kann schon darum die Rede nicht sein, weil die zwischen ihnen bezüglich der Wässerungsanstalt bestehende Rechtsgemeinschaft sowohl, als die Verpflichtung zur Theilnahme an den Kosten ihrer Unterhaltung unbestrittenermaßen nicht auf

einem unter den streitenden Theilen eingegangenen Vertrage, sondern auf der realen Grundlage ihres Wiesenbesitzes beruht. Ein Rechtsverhältniß dieser Art kann aber nicht unter den Begriff eines Sozietätsverhältnisses gestellt werden, sondern erscheint vielmehr unter dem rechtlichen Gesichtspunkte einer deutsch-rechtlichen Genossenschaft, auf welche die bezüglich des Austritts der Mitglieder bei der Sozietät geltenden römisch-rechtlichen Grundsätze keine Anwendung finden können. Entscheidend bleibt, daß die in Frage stehende Beitragspflicht zu den Unterhaltungskosten der Wässerungsanstalt als an die Wiesen der streitenden Theile und deren Besitz geknüpft betrachtet werden muß, wie denn auch seither die Besitzer der Wiesen als solche auf Grund und nach Verhältniß ihres Besitzes die Last getragen haben. Einer solchen durch den Besitz eines Grundstückes begründeten und mit diesem verknüpften Verbindlichkeit kann sich der Besitzer, wie schon bemerkt, so lange sein Besitz dauert, nicht einseitig entschlagen.

Hieran wird auch dadurch nichts geändert, daß nach der Behauptung der Beklagten für sie ein Bedürfniß zur Benützung der Wässerungsanstalt nicht bestehe, da die Wässerung ihren Wiesen eher Schaden als Nutzen bringe, auch dieselbe zum Theil gar nicht möglich sei. Denn, wenn auch die Rücksicht auf die gemeinschaftliche Benützung der Wässerungsanstalt als Veranlassungsgrund der fraglichen Reallast betrachtet werden darf, so folgt aus dem Wegfall dieses Veranlassungsgrundes der Reallast nicht von selbst auch die Aufhebung der letzteren. Jedenfalls aber könnte von einer solchen Aufhebung in Folge Wegfalls des Veranlassungsgrundes der Last nur dann die Rede werden, wenn die bei Begründung der Last bestandenen thatsächlichen Verhältnisse andere geworden sein würden. Die Beklagten haben aber schon in erster Instanz selbst erklärt, daß die Frage, ob die Wässerung für ihre Wiesen nicht vortheilhaft, sondern schädlich, beziehungsweise unmöglich sei, für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreites

unerheblich sein werde, da die Beschaffenheit der fraglichen Grundstücke in dieser Beziehung wohl von jeher und seit langer Zeit dieselbe gewesen sei und ihre Lage gegenüber den Wässerungsgräben sich schwerlich verändert haben dürfte. Die Behauptung der Unzuträglichkeit der Wässerung für die Wiesen der Beklagten hat somit hienach ihren Grund nicht in einer gegenüber von dem früheren Zustande veränderten Sachlage, sondern lediglich in einer veränderten Anschauung von der Nützlichkeit der Wiesenwässerung, wie dies auch aus dem weiteren Vorbringen der Beklagten erhellt. Eine solche veränderte Ansicht des Verpflichteten kann aber einen Aufhebungsgrund einer einmal begründeten Last nicht abgeben.

Entscheidung des Obertribunals vom 9. Juli 1870 in der Appellationssache Sch. c. R.

4) Benützung einer gemeinschaftlichen Einfahrt zum Ablauf von Abwasser.

Eine zwischen zwei, verschiedenen Eigenthümern zugehörenden, Wohnhäusern befindliche Einfahrt, durch welche man in die beiderseitigen Hofräume gelangt, befand sich seit lange im gemeinschaftlichen Eigenthum der beiden Nachbarn. Diese gemeinschaftliche Einfahrt ist gepflastert und mit einem in die Straße ausmündenden Kandel versehen, der nach rückwärts seine Fortsetzung in den einen Hofraum hat, und von dem Eigenthümer dieses Hofraumes seit lange zur Ableitung des in seinem Hofe sich sammelnden Regenwassers und des Küchenwassers benützt wird. Schon im Jahre 1801 war hierüber zwischen den beiden Miteigenthümern der Einfahrt Streit entstanden, durch untergängliches Urtheil aber dahin entschieden worden, daß zur Verhütung von Beschädigungen durch das Wasser die Führung einer gut verkütteten Kandelrinne durch die Einfahrt angeordnet wurde. Ob auch von dem anderen Miteigenthümer aus seinem Hofraume schon früher Wasser durch die Einfahrt abgeleitet worden, ist unermittelt ge-

blieben. Das Recht hiezu wurde aber neuerdings von ihm beansprucht und das auf seinem Hofraume sich sammelnde Regen- und Brunnenwasser in den Kandel der Einfahrt gewiesen. Hiegegen erhob der erstgenannte Miteigenthümer Einsprache, indem er mittelst gerichtlicher Klage den Ausspruch verlangte, daß der Beklagte nicht befugt sei, der bisherigen Benützungsweise zuwider den in der gemeinschaftlichen Einfahrt befindlichen Kandel zur Ableitung des in seinem Hofe sich sammelnden Regen- und Brunnenwassers zu benützen. Diese Klage wurde nicht als begründet erkannt und die Abweisung der Klage [3] in den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen folgendermaßen begründet:

Bezüglich des Verhältnisses mehrerer Miteigenthümer unter sich gilt zwar der Grundsatz, daß kein Miteigenthümer gegen den Willen des Anderen über die gemeinschaftliche Sache verfügen darf; — l. 28 D. comm. div. (10, 3); l. 27, §. 1 D. de serv. praed. urb. (8, 2); l. 11 D. si serv. (8, 5) — es greift aber diese Bestimmung, wie das Obertribunal schon mehrfach ausgesprochen hat, [4] dann nicht Platz, wenn es sich nur um eine dem Zwecke und der Bestimmung der gemeinschaftlichen Sache entsprechende Benützung derselben handelt. Letzteres trifft aber hier zu. Der in der Einfahrt befindliche, gegen die Straße ausmündende Kandel bezeugt die Bestimmung der Einfahrt, zur Ableitung des zufließenden Wassers zu dienen, und das untergängliche Urtheil vom 7. August 1801 zeigt, daß schon damals die Einfahrt demselben Zwecke gedient hat. Die Benützung des Kandels seiten des Beklagten zur Ableitung des Regen- und Brunnenwassers aus seinem Hofe ist daher lediglich ein Ausfluß der in dem Miteigenthum liegenden Befugniß des Gebrauches der

---

[3] Ueber die Natur der Klage vergl. Seuffert, Archiv, Bd. III, Nro. 145; Bd. IX, Nro. 268.

[4] Württ. Archiv, Bd. VI, S. 152; Bd. XIII, S. 235.

gemeinschaftlichen Einfahrt zu einem Zwecke, welchem sie in Folge ihrer Einrichtung mit zu dienen bestimmt ist. In derselben Weise wird unbestrittenermaßen auch von dem Kläger selbst der Kandel zur Ableitung des Regen- und Abwassers aus seinem Hofe benützt. Wie ihm diese Benützungsweise der gemeinschaftlichen Einfahrt zusteht, muß solche aber auch dem Beklagten gestattet sein, der als Miteigenthümer dasselbe Gebrauchsrecht, wie der Kläger hat, wie denn auch in dem Kaufvertrage vom 27. Juli 1797, wodurch der bis dahin im Alleineigenthum der Einfahrt befindlich gewesene Besitzvorfahrer des Klägers das Miteigenthum an den Besitzvorgänger des Beklagten übertragen hat, bestimmt ist, daß die Einfahrt für beide Miteigenthümer nach Belieben gebraucht werden solle. Einer besonderen Einräumung der Befugniß, den in der Einfahrt befindlichen Kandel zur Ableitung des Regen- und Brunnenwassers zu benützen, bedurfte es nicht, da das Recht hiezu schon in dem Miteigenthumsrechte enthalten ist und sonach in Folge der Uebertragung des letzteren von selbst auch dem neuen Erwerber zustand.

Eine dem Miteigenthümer nicht zustehende einseitige Veränderung der gemeinschaftlichen Einfahrt steht nicht in Frage. Denn nach dem eigenen Vorbringen des Klägers hat der Beklagte an der Einfahrt selbst keine Aenderung vorgenommen, sondern es soll derselbe nur durch Veränderung des Gefälles seines eigenthümlichen Hofraumes den Zufluß des Wassers aus diesem in die Einfahrt und den in solcher befindlichen Kandel bewirkt haben. Dies ist aber keine Veränderung der gemeinschaftlichen Einfahrt, sondern nur eine Veränderung in der bisherigen Benützungsweise derselben seiten des Beklagten, die aber, wie bemerkt, dem Zwecke der Einfahrt entspricht und mit der Benützungsweise des Klägers im Einklang steht. Ob der Beklagte und seine Besitzvorfahrer, wie der Kläger behauptet, früher keinen Gebrauch von dem in der Einfahrt befindlichen Kandel gemacht und kein Wasser aus ihrem

Hofraum durch die gemeinschaftliche Einfahrt abgeleitet haben, oder ob, wie der Beklagte geltend machte, dies schon früher der Fall war, ist unerheblich. Denn das Recht zum ordnungsmäßigen Gebrauche einer gemeinschaftlichen Sache geht durch zeitweilige und wenn auch noch so lange andauernde Unterlassung dieses Gebrauches seiten eines der Miteigenthümer für diesen nicht verloren.

Auch der Umstand, daß in dem untergänglichen Urtheil vom 7. Aug. 1801 die Benützung der Einfahrt zur Wasserableitung nur bezüglich des einen Miteigenthümers geregelt worden ist, kann dafür nicht angeführt werden, daß der andere Miteigenthümer dasselbe Recht nicht gehabt habe, da in dem Urtheil eben über den damals vorliegenden Streitpunkt entschieden worden ist und hienach kein Anlaß vorlag, über das Rechtsverhältniß im Ganzen eine Entscheidung zu geben.

Die Behauptung des Klägers, daß durch den vermehrten Wasserzufluß beim Gefrieren des Wassers im Winter der Wandel durch die Einfahrt gestört und gefährdet werde, kann die erhobene Klage auf Unterlassung der Benützung der Einfahrt durch den Beklagten zur Wasserableitung gleichfalls nicht begründen, da der Kläger dieselbe Benützungsweise für sich in Anspruch nimmt, ihm aber als Miteigenthümer kein weitergehendes Recht als dem Beklagten zusteht und er daher diesem die Mitbenützung nicht aus dem Grunde verbieten kann, weil ihn dies mehr belästige, als wenn der Kandel von ihm allein benützt werde.

Wenn sodann der Kläger weiter geltend macht, daß bei vermehrtem Wasserzufluß das Eindringen von Wasser in seinen Holzstall und dadurch ihm Schaden drohe, so versteht es sich zwar von selbst, daß die Benützung des Kandels durch den Beklagten ohne Beschädigung des Eigenthums des Klägers zu erfolgen hat. Die bloße Möglichkeit aber, daß die fragliche Benützung das Eigenthum des Klägers beschädigen könnte, gibt demselben kein Recht,

auch die ordnungsmäßige Mitbenützung des gemeinschaftlichen Kanbels dem Beklagten zu verbieten, und, wenn sich ergeben sollte, daß eine unbeschränkte Benützung des Kanbels in der Einfahrt von beiden Theilen ohne Schaden nicht möglich wäre, so könnte dies nur zu einer Regelung der beiderseitigen Benützung führen, welche nicht Gegenstand des gegenwärtigen Rechtsstreites ist, nicht aber dem Kläger ein Recht geben, die fragliche Benützung für sich allein in Anspruch zu nehmen und dieselbe Benützung dem Beklagten zu wehren.

Entscheidung des Obertribunals vom 23. Sept. 1870 in der Berufungssache Müller c Engelmann.

5) Verfügungsrecht des Forderungsberechtigten im Falle der Verfaustpfändung der Forderung.

Durch die Bestellung einer Forderung zu Faustpfand wird dem Forderungsberechtigten die Befugniß, dieselbe zu veräußern, nicht entzogen, denn die Bestellung einer Forderung zu Faustpfand enthält keine, sei es auch nur eventuelle, Veräußerung oder Cession derselben an den Pfandgläubiger.[5] Zwar ist dem Schuldner des Verpfänders, wenn er von der Verpfändung benachrichtigt ist, die Zahlung der Hauptschuld an den Verpfänder oder einen andern als den Pfandgläubiger insolange, als dessen Pfandrecht dauert, verwehrt (Pfandgesetz, Art. 248). Auch kann der Faustpfandgläubiger verlangen, daß, wie der Zahlungstermin für seine Forderung eingetreten oder der Konkurs über seinen Schuldner ausgebrochen ist, er aus dem Erlöse der verpfändeten Forderung befriedigt, oder auf dieselbe angewiesen werde (Pfandgesetz, Art. 254, 256). Durch diese Rechte des Faustpfandgläubigers wird aber das Recht des Forderungsberechtigten, oder, wie sich

[5] Bangerow, Leitfaden, Bd. I, §. 368, S. 744, 745; Seuffert, Archiv, Bd. 15, Nr. 6; Bolley, Kommentar, Bd. II, S. 601, 605, 611.

die württ. Pfandgesetzgebung ausdrückt, des Eigenthümers der Forderung (Pfandgesetz, Art. 72, Hauptinstruktion, §. 220; Pfandentwickelungsgesetz, Art. 53) nur beschränkt, nicht aufgehoben und auf den Pfandgläubiger übertragen. Dieser ist nicht berechtigt, über die Forderung frei zu verfügen, er darf keine Novation mit ihr vornehmen, keinen Nachlaßvertrag oder Vergleich mit dem Schuldner des Verpfänders abschließen, er kann von dem Erlöse nur so viel, und eine Anweisung nur auf so viel, als seine eigene Forderung beträgt, beanspruchen, und es erlischt sein Recht an der verpfändeten Forderung, wenn sein eigener Schuldner, sei es auch erst nach der Verfallzeit, ihn bezahlt. Bleibt aber hienach der Eigenthümer einer Forderung trotz ihrer Bestellung zu Faustpfand Eigenthümer, so muß er auch unbeschadet der Rechte des Faustpfandgläubigers dieselbe zu veräußern befugt sein. Diese Befugniß ist auch dem Eigenthümer einer unterpfändlich gesicherten Forderung, deren Bestellung zu Faustpfand in das Unterpfandbuch eingetragen ist, durch Art. 84 und 85 des Pfandgesetzes nicht entzogen, sondern es ist hier dem Unterlassen des Eintrages unter gewissen Umständen die Wirkung beigelegt worden, daß der frühere Faustpfandgläubiger dem spätern Cessionar nachstehen muß. [6]

Besteht aber hienach auch der zwischen dem Eigenthümer der verpfändeten Forderung und einem Dritten abgeschlossene Kaufvertrag vollkommen zu Recht, so hat doch der Erstere dem Dritten dafür zu haften, daß die veräußerte Forderung mit einem Pfandrechte belastet, also mit einem juristischen Mangel behaftet war. Diese Haftung richtet sich nach den Grundsätzen über Eviktion körperlicher Sachen [7] und ist der Dritte hienach berechtigt,

---

[6] Wächter, Erörterungen, Heft 1, S. 278 ff.

[7] Schliemann, die Haftung des Cedenten, S. 25, 29 ff., 68 ff.; Thöl, Handelsrecht, 4. Aufl., S. 612, Ziff. 4; Seuffert, Pandektenrecht, 3. Aufl., Bd. II, S. 90, Ziff. 5; Glück, Kommentar, Bd. XVI, S. 447.

nach seiner Wahl entweder den Kaufschilling so lange zurückzuhalten, bis der Verkäufer die Forderung von dem darauf ruhenden Pfandrechte befreit, beziehungsweise ihm Sicherheit hiefür geleistet hat — cst. 5, Cod. de evict. (8, 45) — oder auch, vorausgesetzt, daß ihm der Verkäufer bei der Veräußerung die Verpfändung der Forderung verschwiegen hatte, sofort sein Interesse daran, daß ihm eine pfandfreie Forderung überlassen werde, geltend zu machen und hiedurch möglicherweise die Auflösung des Vertrages herbeizuführen — l. 30, D. de act. emti vend. (19, 1). [8]

Entscheidung des Obertribunals vom 11. Febr. 1870 in der Berufungssache Zillhardt c. Weiß.

6) Irrthum über den Vertragsgegenstand.

Ein über eine Quantität Eichenrinde geschlossener Kaufvertrag war als nichtig angesprochen worden, weil dasjenige Objekt, welches den Gegenstand des Handels im Sinne der Kontrahenten gebildet, nicht existirt habe, sofern die Rinde zur Zeit des Handels zum größten Theile gänzlich unbrauchbar gewesen sei, den Gegenstand des Vertrages aber brauchbare Rinde gebildet habe; es sei somit ein Irrthum über den Vertragsgegenstand und dessen Existenz vorgelegen. Dieß wurde von dem Obertribunal als ungegründet erkannt. Denn, sagen die Entscheidungsgründe, der Beklagte hat die ihm vorgezeigte, an einer bestimmten Stelle gelagerte, Quantität Eichenrinde dem Kläger in Bausch und Bogen abgekauft. Diese individuell bestimmte Eichenrinde hat zur Zeit des Kaufes unbestritten existirt. Die Behauptung des Beklagten, daß der Kaufsgegenstand nicht als die von ihm vorausgesetzte, zum Gerben geeignete Eichenrinde existirt habe, enthält die Behauptung der Nichtexistenz, nicht der gekauften individuell be-

[8] Seuffert, Pandektenrecht, Bd. II, S. 92, 93.

ſtimmten Sache, ſondern der bei dem Kaufe vorausgeſetzten Beſchaffenheit dieſer Sache. Der Irrthum wäre nicht ein Irrthum über die Identität der Sache, ſondern ein Irrthum über die Qualität der Sache.

Entſcheidung des Obertribunals vom 13. Mai 1864 in der Appellationsſache Kauffmann c. Sigl.

7) Die Uebertragung der Forderung aus inſkribirten Inhaberpapieren.

Eine Forderung geht mit der Erklärung des Cedenten, daß er ſie dem Ceſſionar abtrete, alſo mit dem Abſchluß des Ceſſionsgeſchäftes auf den Letzteren über, ohne daß es hiezu der Uebergabe des etwa über die Forderung ausgeſtellten Schuldſcheines oder der Benachrichtigung des Schuldners bedarf, welch' letztere nur die Wirkung hat, daß der abgetretene Schuldner ſich durch die Zahlung an den Cedenten nicht mehr von ſeiner Schuld befreien kann. [9]

Anders bei dem Inhaberpapiere. Der Ausſteller des Inhaberpapieres verpflichtet ſich, wie ſchon aus dem Begriffe des letzteren hervorgeht, Demjenigen, welcher das Papier inne hat, die in der Schuldurkunde bezeichnete Summe zu bezahlen. Hieraus ergibt ſich, daß nur der Beſitzer der Urkunde die Forderung gegen den Ausſteller geltend machen kann, alſo dieſem gegenüber Gläubiger iſt, wenigſtens ſo lange, als die Schuldurkunde noch exiſtirt. Inſofern iſt alſo die Gläubigerſchaft mit der Urkunde verknüpft. Ohne letztere kann die Forderung nicht wirkſam übertragen werden. Denn der Schuldner kann gegenüber Jedem, welcher die Forderung ohne Vorweiſung der Urkunde gegen ihn geltend machen will, ſo

---

[9] Mühlenbruch, Ceſſion §. 42, 47; Puchta in Weiske's Rechtslexikon, Bd. II, S. 640, 641, 654, 655; Sintenis, Civilrecht, Bd. II, S. 793, 794, 811, 812; Württ. Archiv, Bd. III, S. 399; Bd. X, S. 126, Note 39.

lange, als diese noch existirt, auf Grund des Inhalts der Schuldurkunde einwenden, daß er sich nur dem Besitzer der letzteren verbindlich gemacht habe und muß dies auch einwenden, wenn er sich nicht der Gefahr aussetzen will, Demjenigen, welcher ihm das Papier später präsentirt, noch einmal zu bezahlen. Die Cession der Forderung aus dem Inhaberpapiere neben der Uebergabe des letzteren ist daher nicht nothwendig, weil schon dessen Besitz zur Geltendmachung der Forderung berechtigt. Sodann ist das Inhaberpapier in der Mehrzahl der Fälle ein zur Cirkulation bestimmtes Werthpapier. Die Leichtigkeit des Verkehrs mit demselben würde aber wesentlich beeinträchtigt, wenn die Uebertragung der Forderung im Wege der Cession zu geschehen hätte und jeder Erwerber des Papieres genöthiget wäre, die Legitimation des Veräußerers zu prüfen. Die Beweglichkeit des Inhaberpapieres kann daher nur dadurch hergestellt werden, daß die Forderung aus demselben mittelst Uebergabe des Papieres übertragen wird.

Daß in Form der Tradition des Papieres als einer Sache, nicht aber in der der Cession der Uebergang der Forderung aus dem Inhaberpapiere vor sich geht, ist nicht blos die heutzutage in der Theorie herrschende Ansicht, [10] sondern auch in den neueren Gesetzbüchern bestimmt. [11]

---

[10] Gönner, von den Staatsschulden, S. 279; Schumm, Beil., Heft zum civil. Archiv, Bd. XIII, S. 52, 53; Hillebrand, deutsches Privatrecht, §. 99; Walter, deutsches Privatrecht, §. 258; Liebe, Einl. zur deutschen Wechselordnung, S. 129, 131; Renaud, Zeitschr. für deutsches Recht, Bd. XIV, S. 339 ff.; Gerber, deutsches Privatrecht, §. 160; Savigny, Obl.-Recht, Bd. II, S. 137; Beseler, deutsches Privatrecht, §. 225; Bluntschli, deutsches Privatrecht, §. 117a; Kuntze, Lehre von den Inhaberpapieren, S. 304 ff.; Unger, die rechtliche Natur der Inhaberpapiere, S. 123; Endemann, Handelsrecht, §. 86.

[11] Preuß. Landrecht, Thl. I, Tit. 11, §. 401; österr. allg. bgl. Gesetzbuch, §. 1393; Anhang zum bad. Landrecht, Satz 199; bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, §. 1044; Züricher

Auch ist sie unmittelbar sanktionirt durch das Handelsgesetzbuch, Art. 307 vergl. mit Art. 306, wo bestimmt ist, daß der redliche Erwerber des Inhaberpapieres durch dessen Uebergabe das Eigenthum an demselben erwirbt, auch wenn der Veräußerer nicht Eigenthümer, ja sogar, wenn das Papier gestohlen oder verloren war. Denn hier wird die Erwerbung des Inhaberpapieres und damit natürlich auch der Forderung, welche den Gegenstand des letztern bildet, unter dieselben Grundsätze gestellt, welchen der Erwerb des Eigenthums an beweglichen Sachen nach Art. 306 (mit Ausnahme des letzten Abs. dieses Artikels) unterliegt. Es darf daher angenommen werden, daß letztere Grundsätze für die Uebertragung der Forderung bei Inhaberpapieren überhaupt die einzig maßgebenden sein sollen.

Das Gesetz vom 16. Sept. 1852, betr. die auf den Inhaber lautenden Staatsschuldscheine, stellt keine umfassenden Grundsätze über dieselben auf, sondern enthält nur Bestimmungen über die Kündigung jener Staatsschuldscheine, Ausstellung neuer Schuldscheine, Amortisation, Vindikation, Inskription von Staatsschuldscheinen auf den Inhaber und über Zinsabschnitte. Es sind daher im Uebrigen für die württ. Staatspapiere auf den Inhaber die oben angeführten allgemeinen Grundsätze, also auch die hinsichtlich der Uebertragung der Forderung, maßgebend. In Betreff des letzteren Punktes ist dies ausdrücklich von den gesetzgebenden Faktoren anerkannt worden. [12]

Das Inhaberpapier kann jedoch durch Einschreibung

---

bürgerl. Gesetzbuch, §. 1028; ebenso in dem Dresdener Entwurf eines gemeinsamen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse, Art. 346; zu vergl. hiezu Prot. der Dresdener Konferenz, S. 1020, 1024, 1045, 1046.

[12] Motive zu dem Entwurf des Gesetzes über die auf den Inhaber lautenden Staatsschuldscheine in den Verh. der 3 verfassungberathenden Versammlung von 1850, S. 105, 108; Komm.-Ber.

des Namens des Inhabers auf der Schuldurkunde an eine bestimmte Person als Gläubiger geknüpft werden. Dies geschieht bei den württ. Staatsschuldscheinen auf den Inhaber nach Art. 16 des Gesetzes vom 16. Sept. 1852 auf Antrag des Besitzers eines solchen Scheines durch die Staatsschuldenzahlungskasse mittelst Vormerkung der (im Staatsschuldbuche) geschehenen Einschreibung auf den Namen des Inhabers auf der Schuldurkunde. Dadurch nun, daß der Aussteller einer auf den Inhaber lautenden Schuldurkunde die Schuld auf Antrag des Inhabers auf dessen Namen im Schuldbuche einträgt und hievon auf dem Schuldscheine Vormerkung macht, gibt er in Uebereinstimmung mit seinem Gläubiger zu erkennen, daß er fortan nur dem in der Schuldurkunde genannten Gläubiger oder dessen rechtmäßigen Nachfolger bezahlen werde. Der Schuldner ist daher, während er bei dem Inhaberpapier eben, weil dieses keinen namentlich bezeichneten Gläubiger enthält, nur an den Besitzer des Papieres zahlen kann und muß, ohne von demselben den Nachweis seiner Legitimation verlangen zu dürfen, sobald das Papier inskribirt ist, nicht blos berechtigt, sondern auch, wenn er sich nicht der Gefahr doppelter Zahlung aussetzen will, verpflichtet, dem Präsentanten des Schuldscheines die Zahlung zu verweigern, so lange von ihm nicht die Berechtigung zur Geltendmachung der Forderung mittelst Nachweises entweder der Identität mit dem in der Schuldurkunde genannten Gläubiger oder des Erwerbes der Forderung mittelst Cession dargethan worden ist. Dieser Nachweis kann durch den Besitz der Urkunde nicht geliefert, sondern muß durch anderweitige Beweismittel erbracht werden, da die Urkunde vermöge der verschiedenartigsten Rechtstitel, welche nicht auf Uebertragung der Forderung gerichtet

---

der K. d. Abg., Verh. der K. d. Abg. von 1851/52, I. Beil., 1. Abth., S. 424; Bericht der Komm. der K. d. Standesherren, Verh. der K. d. Standesh. von 1851/52, II. Beil.-Bd., S. 424, 425.

sind, oder auch ohne einen Titel in die Hände des Besitzers gelangt sein kann. Für die Gläubigerschaft ist daher bei dem inskribirten Inhaberpapier nicht mehr der Besitz des Papieres maßgebend, da ja sonst der Schuldner dem Besitzer zahlen müßte, sondern der Umstand, daß Derjenige, welcher die Forderung gegen den Schuldner erhebt, entweder der in der Urkunde mit Namen genannte Gläubiger oder dessen Rechtsnachfolger vermöge Cession ist.

Ebenso gestaltet sich das Verhältniß des Inhabers des Papieres zu dritten Personen in Folge der Inskription wesentlich anders. Die Art. 306 und 307 des Handelsgesetzbuches finden, wie sich dies aus den Protokollen der Nürnberger Handelskonferenz, S. 4612 unzweifelhaft ergibt, keine Anwendung mehr, da durch den Erwerb der Schuldurkunde überhaupt, also auch durch den redlichen Erwerb derselben die Forderung nicht erworben werden kann, sondern nur durch Uebertragung der Forderung seiten des Forderungsberechtigten.

Hieraus ergibt sich dann auch, daß die Vindikation des eingeschriebenen Schuldscheines nicht blos, wie nach dem Art. 307 des Handelsgesetzbuches bei dem Inhaberpapier, gegen den Besitzer in bösem Glauben, sondern gegen jeden Besitzer, der sein Recht nicht von dem in der Urkunde genannten Gläubiger ableitet, angestellt werden kann.

Hienach verschwinden durch die Inskription die charakteristischen Eigenthümlichkeiten des Inhaberpapieres, welche auf der die besondere Qualifikation der Gläubigerschaft bedingenden Verknüpfung der Forderung mit der Urkunde beruhen. Das obligatorische Element, welches während der erwähnten Verbindung der Forderung mit einer Sache bei dem Inhaberpapiere wesentlich modifizirt wird, tritt wieder in seiner Reinheit hervor, sofern dem Schuldner ein bestimmt gekennzeichneter Gläubiger gegenüber steht. Die Person des letzteren wird daher nicht erst durch den Lauf des Papieres festgestellt; dieses verliert somit die

rechtliche Bedeutung, welche es vor der Inskription gehabt hat. Die Forderung, deren Verhältniß zum Papier durch ihre Anknüpfung an einen namentlich bezeichneten Gläubiger nicht blos gelockert, sondern gelöst wird, unterscheidet sich in der Hauptsache nicht mehr von der einem mit Namen bezeichneten Gläubiger zustehenden, also einer gewöhnlichen, Forderung und der Schuldschein wird nach seiner inneren Bedeutung bloses Beweismittel für die letztere, also wenigstens so lange, als die Inskription dauert, eine gemeine Schuldurkunde. [13] Hieraus folgt dann von selbst, daß die Uebertragung der Forderung sich lediglich nach den Grundsätzen des Obligationenrechtes richtet, also nur im Wege der Cession vor sich gehen kann. [14]

Wenn gegen diese Ansicht eingewendet wird, daß die Forderung aus dem Inhaberpapiere in und mit dem Papiere entstanden sei, und daher auch nach dessen Inskription mit ihrem Schicksal an das Papier geknüpft bleibe, so lange dieses bestehe, [15] so ist darauf zu bemerken, daß durch den Willen der beiderseitigen Obligationsinteressenten bei dem Inhaberpapiere das Verhältniß der Urkunde zu der Forderung unzweifelhaft verändert und so auch gelöst werden kann. Dies geschieht aber nach Obigem, wenn die Inskription auf Antrag des Inhabers durch den Aussteller erfolgt. Aus demselben Grunde steht

---

[13] Gönner, von Staatsschulden, S. 184; Schumm, im civ. Archiv, Bd. XIII, Beil.-Heft, S. 55; Renaud, Zeitschr. für deutsches Recht, Bd. XIV, S. 362 ff.; Beseler, deutsches Privatrecht, §. 225; Endemann, Handelsrecht, §. 86, Ziff. V bei Note 26 vergl. mit §. 84 II bei Note 3.

[14] Renaud, a. a. O.; Beseler, a. a. O.; Endemann, Handelsrecht, §. 86, Ziff. V bei und in Note 26; vergl. §. 84 insbesondere Note 6, und §. 83 Note 13.

[15] Kuntze, Lehre von den Inhaberpapieren, S. 565 ff.; Goldschmidt, Zeitschr. für Handelsrecht, Bd. VI, S. 36, vergl. mit S. 13—15.

jener Auffassung auch nicht der Umstand entgegen, daß das inskribirte Inhaberpapier durch Zurücknahme der Vormerkung des Namens des Inhabers wieder ein Inhaberpapier wird. Denn auch dieß geschieht, nach Art. 16 des Gesetzes vom 16. Sept. 1852, auf Antrag des Gläubigers durch den Aussteller des Schuldscheines, also durch einen neuen Rechtsakt zwischen Schuldner und Gläubiger, welcher der Forderung in Beziehung auf die Gläubigerschaft wieder einen anderen Charakter verleiht.

Ferner wird zu Gunsten der gegentheiligen Ansicht angeführt, daß das inskribirte Papier sich dadurch von einer gemeinen Schuldverschreibung unterscheide, daß bei letzterer die Angabe eines Schuldgrundes wesentlich sei, während bei dem Inhaberpapier ein solcher regelmäßig auch nach dessen Inskription nicht vorliege. Allein dieser Unterschied ist kein charakteristischer für das Inhaberpapier, indem, wie die Erfahrung zeigt, solches häufig einen Schuldgrund enthält und letzteres insbesondere auch bei den württ. Staatsschuldscheinen auf den Inhaber der Fall ist. [16]

Weiter kann sich gegen die diesseitige Ansicht nicht darauf berufen werden, daß das Inhaberpapier auch nach seiner Inskription ein Werthpapier bleibe und es in der Eigenschaft des letztern als Verkehrsobjektes liege, daß es Gegenstand des Besitzes und Eigenthums sei und daher die Forderung nur mit dem Papiere übertragen werden könne. [17] Denn die Inskription ist vornehmlich zu dem Zwecke eingeführt, um den Inhaber, welcher sich in dem dauernden Besitze seines durch den Erwerb des Papieres angelegten Kapitals erhalten will, diesen Besitz zu sichern und dem Papiere die freie Zirkulationsfähigkeit zu ent-

---

[16] Vergl. Formular in der Bekanntmachung des Finanzministeriums vom 24. Juni 1843 (Reg.-Blatt, S. 422).

[17] Bluntschli, deutsches Privatrecht, §. 116.

ziehen.[18] Gerade die letztere soll aber bei dem Inhaberpapiere durch die Uebertragung der Forderung mit der Uebergabe des Papieres hergestellt werden.

Wenn endlich noch darauf Gewicht gelegt werden wollte, daß, falls man zum Uebergange der Forderung bei dem inskribirten Inhaberpapiere die bloße Cession ohne Uebergabe der Urkunde genügen lasse, durch die Cession der Forderung an verschiedene Personen seiten des Gläubigers eine große Rechtsunsicherheit entstehe, so ist dieß eine Gefahr, welche auch bei gewöhnlichen Forderungen eintritt. Warum aber der Gläubiger bei einem Inhaberpapiere, das auf den Namen eingeschrieben ist, einen größeren Anspruch auf Schutz in seinem Rechte haben soll, als der Inhaber einer Forderung, über welche vom Anfang an ein auf den Namen lautender Schuldschein ausgestellt worden ist, läßt sich nicht absehen, da die Forderung aus dem ersteren Papiere durch die Inskription des letzteren dem freien Verkehre ebenso, wie die ursprünglich einem namentlich bezeichneten Gläubiger zustehende Forderung entzogen ist. Die in Vorstehendem vertheidigte, aus dem Wesen der Inskription des Inhaberpapieres, wie solche bei den württ. Staatsschuldscheinen besteht, abgeleitete Ansicht über die Uebertragung der Forderung bei einem auf den Namen eingeschriebenen württ. Staatsschuldscheine auf den Inhaber steht auch im Einklange mit den sonstigen über solche Schuldscheine in Württemberg geltenden Vorschriften.

Nach Art. 17 des Gesetzes vom 16. Sept. 1852 bringt die Einschreibung eines württ. Staatsschuldscheines auf den Inhaber die Wirkung hervor, daß, so lange die Vormerkung auf dem Scheine nicht zurückgenommen ist, jenes Gesetz auf denselben keine Anwendung findet, wobei dann noch ausdrücklich angeführt wird: „namentlich unter-

[18] Kuntze, a. a. O., §. 126 im Eingang.

liegt er (d. h. der inskribirte Schein), wenn er dem Eigenthümer abhanden kommt, gleich den sonstigen auf Namen gestellten Staatsschuldscheinen, dem gewöhnlichen Amortisationsverfahren." Aus letzterer Bestimmung ergibt sich, wie das Wort „namentlich" andeutet, daß der württ. Gesetzgeber die inskribirten Staatsschuldscheine den von Anfang an auf den Namen lautenden Staatsschuldscheinen gleichstellen wollte, wie er dann auch über die erstere keine weiteren Bestimmungen, mit Ausnahme der eben genannten, getroffen hat. Ebenso werden diese beiden Arten von Staatsschuldscheinen in eine Linie gestellt in §. 2, Abs. 1, und §. 4 der K. Verordnung vom 14. Dezember 1853, betr. die Vollziehung des Gesetzes vom 16. September 1852. [19]

Ueber die Staatspapiere auf den Namen enthält das württ. Recht keine Vorschriften mit Ausnahme der Amortisation, für welch' letztere die Bestimmungen des Staatsschuldenstatutes vom 22. Febr. 1837, Art. 9, Abs. 3, des Justizministerialerlasses vom 2. Mai 1823, [20] der K. Verordnung vom 15. August 1830, betr. den Geschäftsgang bei der Kraftloserklärung von Staatsschuldurkunden, [21] und jetzt ferner der Civilprozeßordnung, Art. 813 ff., maßgebend sind.

Hinsichtlich jener Staatspapiere gelten daher im Uebrigen die allgemeinen Grundsätze über die auf den Namen lautenden Schuldurkunden. Es ist somit die Gläubigerschaft auch bei den ersteren nicht an den Besitz der Urkunde geknüpft, welche die Forderung nur beweist, sondern Forderungsberechtigter ist Derjenige, welcher mit dem Staate kontrahirt hat, oder welchem von dem ursprünglichen Gläubiger die Forderung im Wege der Cession übertragen worden ist. Hievon gehen auch der angeführte

[19] Regierungsblatt, S. 486, 487.

[20] I. Erg.-Bd. zum Regierungsblatt, S. 47.

[21] Regierungsblatt, S. 342.

Ministerialerlaß vom 2. Mai 1823 und die K. Verordnung vom 15. August 1830 aus, indem hier als zum Antrag auf Amortisation eines Staatsschuldscheines berechtigt derjenige Gläubiger, beziehungsweise Inhaber der Forderung, welcher als solcher von der Staatsschuldenzahlungskasse anerkannt wird, bezeichnet wird.

Daraus, daß das erwähnte Staatsschuldenstatut, Art. 9, Abs. 3, die Kraftloserklärung der verlorenen Schuldscheine auf den Namen vorschreibt, wenn der Gläubiger die Ausstellung eines neuen Schuldscheines verlangt, kann so wenig als daraus, daß auch bei der Bezahlung der in jenen Scheinen enthaltenen Summe durch die Staatsschuldenzahlungskasse die Rückgabe der Schuldscheine gefordert wird, [22] gefolgert werden, daß die Staatsschuldscheine auf den Namen eine andere rechtliche Bedeutung haben, als gewöhnliche Schuldscheine, welche vom Schuldner in Ermangelung einer anderweiten Vereinbarung erst nach geleisteter Zahlung zurückgefordert werden dürfen, [23] daß insbesondere die Forderung bei jenen Staatsschuldscheinen mit diesen verknüpft sei. Vielmehr hat jene Vorschrift der Amortisation und der Rückgabe des Schuldscheines bei der Zahlung durch die Staatsschuldenzahlungskasse nur einen rechtspolizeilichen Charakter, indem dadurch die Möglichkeit von Anforderungen aus angeblich verlorenen, beziehungsweise bezahlten, mit einem Cessionsvermerk des ursprünglichen Gläubigers versehenen Schuldscheinen ausgeschlossen werden soll. Denn die Staatsschuldenzahlungskasse wäre gegenüber von derartigen Ansprüchen schon durch eine Beurkundung über den Verlust des Schuldscheines, beziehungsweise eine Quittung über die Bezahlung, welche ihr von dem im Staatsschuldbuche eingetragenen Gläubiger, bezie-

---

[22] K. Verordnung vom 14. Dez. 1853, §. 4, verb.: „bei der Einlösung von Namenscheinen.

[23] cst. 9 Cod. ad exhibendum (3, 42); cst. 2 Cod. de condict. ex lege (4, 9); cst. ult. Cod. de solut. (8, 43).

hungsweise von dem ihr als solchen notifizirten rechtmäßigen Nachfolger des Letzteren ausgestellt würden, gesichert.

In ähnlicher Weise, wie die Bezahlung der in einem Staatsschuldscheine ausgedrückten Summe von der Rückgabe des Scheines, beziehungsweise, wenn der Schein verloren gegangen ist, von vorgängiger Amortisation des letzteren abhängig gemacht ist, ist nach Art. 210—212 des Pfandgesetzes die Löschung des Eintrages eines Unterpfandes durch die Rückgabe des Pfandscheines, und, wenn dieser verloren ist, durch Kraftloserklärung desselben bedingt, ohne daß das Bestehen des Pfandrechtes, welches vielmehr nach Art. 123 des Pfandgesetzes durch die Tilgung der Forderung erlischt, von dem Besitze des Pfandscheines abhängt. Nach dem Bemerkten läßt sich daher auch daraus, daß bei dem inskribirten Staatsschuldscheine auf den Inhaber im Kontexte der Schuldurkunde die Klausel stehen bleibt, daß nur gegen Zurückgabe der Schuldverschreibung bezahlt werde, nicht ableiten, daß die Forderung noch an die Urkunde gebunden sei. Die für die Staatspapiere auf den Namen und die inskribirten Staatspapiere auf den Inhaber gegebene Vorschrift der Amortisation des Schuldscheines und der Rückgabe desselben bei der Bezahlung ist somit zwar eine Bedingung, unter welcher der Staat aus dem obigen Grunde mit seinem Gläubiger kontrahirt und welcher sich dieser beim Abschluß des Vertrages unterwirft; allein sie läßt einen Schluß auf die Verknüpfung der Forderung mit der Schuldurkunde nicht zu, da jene Vorschrift auch bei jeder anderen Forderung, über welche ein Schuldschein ausgestellt wird, von den Kontrahenten festgesetzt werden kann.

Dafür, daß bei dem inskribirten Staatsschuldscheine auf den Namen, ebenso wie bei dem von Anfang an auf den Namen lautenden Staatsschuldscheine, die Schuldurkunde nicht mehr, wie bei dem Staatspapiere auf den Inhaber, als Träger der Forderung angesehen wird, läßt sich auch noch der §. 4 der K. Verordnung vom 14. Dez.

1853 anführen, wonach bei Einlösung der beiden ersten Arten von Staatspapieren die Staatsschuldenzahlungskasse sich nicht mit der Rückgabe der Schuldurkunden begnügen darf, sondern eine Beurkundung über Auszahlung des Kapitals zur Belegung ihrer Rechnung beizubringen hat, wogegen es einer solchen Quittung bei Einlösung von Inhaberscheinen nicht bedarf.

Endlich hat auch die Regierung in ihren Motiven zu dem Art. 17 des Gesetzes vom 16. Sept. 1852 sich dahin ausgesprochen, die Vorschrift dieses Artikels ergebe sich aus der allgemeinen Betrachtung, daß Scheine, welche ursprünglich auf den Inhaber lauten, sobald und so lange sie auf Namen gestellt seien, die rechtliche Natur der Papiere au porteur völlig verlieren und in allen Beziehungen wie gewöhnliche Schuldscheine zu beurtheilen seien. [24] Die Kommission der Kammer der Abgeordneten bemerkte hiezu in ihrem Berichte [25] Nichts und beantragte unveränderte Annahme der Art. 16 und 17, was auch von der Kammer der Abgeordneten ohne Debatte genehmigt wurde. [26] In dem Berichte der Kommission der Kammer der Standesherren wurde zu Art. 16 und 17 ohne weitere Bemerkung ausdrücklich auf die Motive verwiesen, [27] auch bei der Berathung in der Kammer der Standesherren die Annahme jener Artikel ohne Debatte beschlossen. [28]

Nach dem Ausgeführten ist daher zur Uebertragung der Forderung aus einem auf den Namen eingeschriebenen

---

[24] Verh. der 3 verfassungberathenden Versammlung von 1850, S. 108.

[25] Verh. der Kammer der Abg. von 1851/52, I. Beil.-Bd., 1. Abth., S. 424.

[26] Ebendaselbst Prot. Bd. IV, S. 2441.

[27] Verh. der Kammer der Standesherren von 1851/52, II. Beil.Bd., S. 424, 425.

[28] Ebendaselbst Prot. Bd. II, S. 537.

württ. Staatsschuldscheine auf den Inhaber die Uebergabe des Schuldscheines nicht erforderlich, sondern es genügt hiezu die Cession der Forderung.

Entscheidung des Obertribunals vom 18./19. Mai 1870 in der Appellationssache K. c. G.

8) Vertragsmäßige Kompensation.

Die vertragsmäßige Kompensation (compensatio voluntaria), welche in der Uebereinkunft zweier gegenseitig im Verhältniß von Gläubiger und Schuldner zu einander befindlichen Personen besteht, ihre Forderungen und Gegenforderungen gegen einander aufzuheben, bildet im Rechtssystem keinen selbstständigen Grund der Erlöschung einer Obligation, sondern fällt unter den Begriff einer besonderen Art der Aufhebung derselben, häufig unter den eines liberatorischen Vertrages. Es ist daher in jedem einzelnen Falle zu untersuchen, auf welches Rechtsgeschäft die Absicht der Kontrahenten bei Abschluß eines solchen Kompensationsvertrages gerichtet ist. Da nun die freiwillige Kompensation auf dem Willen der Paziszenten beruht, so ist sie unabhängig von den Erfordernissen der sog. nothwendigen Kompensation. Vielmehr sind bei jener sowohl hinsichtlich ihrer Zulässigkeit, als hinsichtlich ihrer Wirkung lediglich die Bestimmungen des Vertrages maßgebend. Es ist daher möglich, im Wege des Vertrages fällige und nicht fällige, ungleichartige, erwachsene und erst zur Entstehung kommende Forderungen gegen einander aufzuheben.[29] Diese Grundsätze müssen ebensowohl bei der im Wege des Vertrages vollzogenen Kompensation, als bei der

[29] Glück, Kommentar, Bd. XV, S. 10; Hartter, Kompensation, S. 44, Ziff. 2; Krug, Kompensation, S. 8, 9, 87, 88, Dernburg, Kompensation, S. 495; Sintenis, Civilrecht; Bd. II, S. 417, 418.

vertragsmäßigen Einräumung des Rechtes zu derselben gelten.

Entscheidung des Obertribunals vom 11. April/13. Mai 1870 in der Appellationssache H. O. c. H. O.

9) Liegenschaftsgesetz; Irrthum über den Inhalt der Vertragsurkunde.

Die Einrede, daß die Vertragschließenden sich bezüglich des den Kaufsgegenstand beschreibenden Inhaltes der über den Abschluß eines Liegenschafts-Kaufvertrages aufgenommenen Urkunde im Irrthum befunden haben, ist durch das Liegenschaftsgesetz vom 23. Juni 1853 nicht ausgeschlossen,[30] und es können zu deren Beweis auch die der Unterzeichnung der Kaufsurkunde vorangegangenen Verhandlungen benützt werden, insofern dieselben darzuthun geeignet sind, daß die Vertragschließenden bei Unterzeichnung der Vertragsurkunde dieselbe in keinem anderen als dem durch die Vorverhandlungen an die Hand gegebenen Sinne aufgefaßt haben.

Entscheidung des Obertribunals vom 7. Juni 1870 in der Appellationssache St. c. G.

10) Pachtvertrag; Unzulässigkeit der Betreibung eines dem gepachteten gleichen Geschäftes durch den Pächter.

Am 15. Juli 1868 übernahm C. F. Ziegenbalg von C. Brandegger die „C. Brandegger'sche Buchhandlung" in Ellwangen auf die Dauer eines Jahres in Pacht. Gegen das Ende des Jahres 1868 errichtete jedoch der Pächter Ziegenbalg unter der Firma: „Schwäbische Buchhandlung C. F. Ziegenbalg" in Ellwangen eine eigene Buchhandlung, bestellte in Folge dessen alle Fortsetzungen von Büchern und Zeitschriften, welche auf den Namen der C. Brandegger'schen Buchhandlung liefen, ab, bezog sie unter der neuen Firma „Schwäbische Buchhandlung" und

[30] Württ. Archiv, Bd. X, S. 453, 457.

lieferte sie den Kunden unter letzterem Namen, machte auch seit dem 1. Januar 1869 thatsächlich keine Geschäfte mehr auf den Namen der C. Brandegger'schen Buchhandlung. Dieß veranlaßte den C. Brandegger, Klage gegen Ziegenbalg zu erheben, daß dieser nicht berechtigt sei, während der Dauer des Pachtverhältnisses für eine andere Firma, als die Brandegger'sche Buchhandlung, buchhändlerische Geschäfte zu treiben, indem der Beklagte durch seine Handlungsweise die „Brandegger'sche Buchhandlung" gänzlich aus dem Verkehre verdränge, das ihm übergebene Geschäft ruinire und daher dasselbe nicht mehr im gleichen Stande, wie es ihm übergeben worden, zurückgeben könne, da er die Kundschaft vom Geschäfte des Klägers zu seinem Geschäfte weggeleitet habe. Diese Klage wurde als gegründet erkannt und es besagen dießfalls die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe:

Das durch den Vertrag vom 15. Juli 1868 geschaffene Rechtsverhältniß war dasjenige des Pachtes. Mit den Verpflichtungen des Pächters war es nun aber unvereinbar, daß der Beklagte, nachdem er die Brandegger'sche Buchhandlung gepachtet, während der Dauer dieses Pachtes neben der gepachteten eine zweite Buchhandlung an demselben Orte als sein Eigenthum errichtete und betrieb. Denn es ist bekannten Rechtens, daß der Pächter allen Fleiß anwenden muß, damit die gepachtete Sache nicht verschlechtert werde. Dadurch aber, daß der Beklagte während der Dauer des Pachtes in Ellwangen eine zweite Buchhandlung, die sein Eigenthum werden sollte und geworden ist, gründete und sofort in Betrieb setzte, schuf er nicht nur der gepachteten Buchhandlung eine Konkurrenz, deren Folge nach dem gewöhnlichen Gange der Dinge keine andere als die sein konnte, daß wenigstens ein Theil der bisherigen Kunden der gepachteten Buchhandlung sich dem neugegründeten Geschäfte zuwendete und also am 15. Juli 1869, dem Tage der Beendigung des Pachtes, die gepachtete Buchhandlung nur in einem nothwendig weniger

ertragsfähigen Zustande zurückgegeben werden konnte, sondern es ist auch klar, daß der Beklagte, welchem als dem Pächter die Geschäftsgeheimnisse der gepachteten Buchhandlung, insbesondere die Namen, Bedürfnisse und Neigungen der bisherigen Kunden derselben, anvertraut werden mußten, durch Benützung dieser Geheimnisse jene Buchhandlung während des Pachtes zum Vortheil der von ihm gegründeten in erheblichstem Maaße beschädigt haben mußte, wie auch der Beklagte dieses thatsächliche Ergebniß seiner den Grundsätzen der bona fides direkt widersprechenden Handlungsweise selbst zugegeben hat. Die angestellte Klage erscheint daher an sich als vollkommen begründet.

Entscheidung der Civilkammer des Obertribunals als Oberhandelsgericht vom 5. April 1870.

11) Vom Beweise des Irrthums bei der condictio indebiti.[31]

a) Der Kläger hat bei der condictio indebiti nur darzuthun, daß eine Nichtschuld von ihm bezahlt wurde — l. 25 pr. D. de probat. (22, 3), — daß er aus Irrthum, in der Meinung einer ihm hiezu obliegenden rechtlichen Verbindlichkeit zahlte, bedarf keines besonderen Beweises, wenn dargethan ist, daß eine eingegangene Verbindlichkeit den Veranlassungsgrund der geleisteten Zahlung gebildet hat. Denn einen solchen würde die eingegangene Verbindlichkeit für den Kläger nicht haben abgeben können, wenn er deren Ungiltigkeit gekannt hätte, da sonst angenommen werden müßte, es habe der Kläger absichtlich das Seinige verschleudern wollen, wogegen die Vermuthung streitet — l. 25 pr. D. de probat. (22, 3). —[32]

Entscheidung des Obertribunals vom 28. Juni 1853 in der Appellationssache Maurer c. Fraas.

---

[31] Vergl. auch Seuffert, Archiv, Bd. I, Nr. 58; Bd. II, Nr. 187; Bd. VII, Nr. 56, 322; Bd. X, Nr. 56; Bd. XV, Nr. 195; Bd. XVII, Nr. 248.

[32] Sarwey, Monatschrift, Bd. XX, S. 256 f.; Seuffert, Archiv, Bd. VII, Nr. 56.

b) Zur Durchführung der Zurückforderungsklage (condictio indebiti) genügt es an dem Nachweise, daß eine Nichtschuld anerkannt worden; des Nachweises eines Irrthums bedarf es nach der von dem Obertribunal angenommenen Thesis nicht. [33]

Entscheidung des Obertribunals vom 11. März 1870 in der Berufungssache Heß c. Weller.

c) Des Nachweises des Irrthums von Seiten des Klägers bedarf es bei der condictio indebiti nicht. Vielmehr kommt hier der Irrthum nur insoweit in Betracht, als das wissentliche Bezahlen einer Nichtschuld das Rückforderungsrecht ausschließt — l. 1, §. 1, l. 24 D. de cond. indeb. (12, 6). [34] — Sache des Beklagten ist es daher, darzuthun, daß der Kläger das Bewußtsein, nicht schuldig zu sein, gehabt habe.

Entscheidung des Obertribunals vom 9. April 1870 in der Berufungssache Berhalter c. Grimmeisen.

d) Das grundlose Haben auf Seiten des Empfängers bildet den Grund der condictio indebiti und sie ist begründet, sobald nachgewiesen ist, daß eine Leistung in der erkennbaren Voraussetzung des Bestehens eines gewissen Schuldverhältnisses erfolgt ist und dieses Schuldverhältniß nicht zu Recht besteht. [35] Wenn daher der Beklagte einwendet, daß der Kläger schon bei der Zahlung die Nichtexistenz einer rechtlichen Verbindlichkeit hiezu gekannt habe, so hat er dieß thatsächlich zu begründen und zu beweisen. Denn durch das wissentliche Bezahlen einer Nichtschuld wird zwar die Zurückforderungsklage ausgeschlossen, —

---

[33] Sarwey, a. a. O., S. 235 ff.

[34] Sarwey, a. a. O., S. 239, 256 f.; Wächter, württ. Privatrecht, Bd. II, S. 128, Note 37, S. 755, Note 3.

[35] Kübel in Sarwey's Monatschrift a. a. O., S. 238–257.

l. 1, §. 1, l. 24, l. 26, §. 3 u. 8, D. de cond. indeb. (12, 6), — weil sich hiemit die Annahme, daß der Zahlende nur in der Voraussetzung des Bestehens der Nichtschuld habe zahlen wollen, nicht vereinigen ließe. Allein daß die Zahlung aus Irrthum geschah, gehört nicht zur Begründung der Klage, deren Grund lediglich in dem grundlosen Haben des Beklagten gelegen ist, und ist daher auch nicht von dem Kläger zu beweisen. Vielmehr ist, wenn die Nichtexistenz der Verbindlichkeit, welche durch die Zahlung erfüllt worden, dargethan ist, bis zum Beweise des Gegentheiles anzunehmen, daß die Zahlung in der Unterstellung der Rechtsbeständigkeit der fraglichen Verbindlichkeit geleistet worden ist. Sache des Beklagten ist es daher, die Behauptung, daß der Kläger im Bewußtsein, dazu rechtlich nicht verbunden zu sein, die Zahlung geleistet habe, thatsächlich zu begründen und zu beweisen,[36] wogegen übrigens auch die Vermuthung streitet, da nicht anzunehmen ist, daß Jemand wissentlich das Seinige verschleudern werde.

Entscheidung des Obertribunals vom 14. Juli 1870 in der Berufungssache Marx c. Baitinger.

12) Subsidiarität der Regreßklage gegen die Mitglieder einer Unterpfandsbehörde.[37]

Der Art. 225 des Pfandgesetzes vom 15. April 1825 macht die Statthaftigkeit der Entschädigungsklage gegen die Mitglieder einer Unterpfandsbehörde von der vorgängigen Ausklagung Derjenigen abhängig, welche nach den Civilgesetzen zur Leistung der übernommenen Verbindlichkeiten oder zum Schadenersatz verbunden sind. Hiemit wollte jedoch, wie schon das Schweigen der landständischen Verhandlungen über diesen Artikel beweist, nicht eine dem

[36] Vergl. auch Archiv für prakt. Rechtswiss., Bd. VII, S. 181; Bd. VIII, S. 514, 515, 516.

[37] Vergl. auch württ. Archiv, Bd. VI, S. 215 ff.

bisherigen Rechte fremde Formvorschrift gegeben, sondern nur der gemeinrechtlich bei der Klage gegen die Obrigkeit geltende Grundsatz wiederholt werden, daß solche nur insoweit stattfinde, als der Beschädigte sich seines Schadens nicht bei anderen näher Verpflichteten zu erholen vermochte — l. 1, §. 12, D. de mag. conven. (27, 8); est. 1, 2, 5, 6 Cod. eod. (5, 75).[38] — Es bedarf daher einer Ausklagung des in erster Linie vor der Pfandbehörde Verpflichteten dann nicht, wenn erwiesen werden kann, daß eine erfolgreiche Ausklagung nicht möglich gewesen wäre.

Entscheidung des Obertribunals vom 8./10. Oktober 1864 in der Appellationssache Vötsch c. Leihkasse Andelfingen.

13) Paulianische Klage gegen den Bürgen.[39]

Der Tuchmacher Schmid hat am 29. Mai 1866, wenige Tage vor seiner Insolvenzerklärung ein Quantum Wolle verkauft und den Käufer angewiesen, den Kaufpreis für Rechnung des Verkäufers an die Gewerbebank zu E. auf Abrechnung an einer durch die Bürgschaft von R. und K. gesicherten Kontokorrentschuld des Schmid zu bezahlen. Die Zahlung ist sodann auch erfolgt und von der Kontokorrentschuld abgeschrieben worden. Von der Gläubigerschaft des Schmid ist weder der Verkauf der Wolle dem Käufer derselben gegenüber, noch die Zahlung an die Gewerbebank gegenüber von dieser angefochten worden, wohl, weil es an der erforderlichen Voraussetzung hiefür, der Kenntniß der Zahlungsunfähigkeit des Schmid und dessen Absicht, seine übrigen Gläubiger zu vernachtheiligen, fehlte. Dagegen wurde von der Gläubigerschaft des Schmid gegen die beiden Bürgen für die bezahlte Kontokorrentschuld R. und K. die Paulianische Klage auf

---

[38] Bolley, Komm., Bd. II, §. 225; Mayer, Komm., Bd. II, S. 135 ff.; Seeger, Komm., Bd. II, S. 149.

[39] Vergl. dieses Archiv, Bd. XI, S. 197 f.

Ersatz des Werthes der verkauften Wolle erhoben, weil der Wolleverkauf von Schmid im Bewußtsein seiner auch den Beklagten bekannten Insolvenz und in der den Beklagten gleichfalls bekannten Absicht, seine übrigen Gläubiger zu vernachtheiligen, auf Veranlassung der Beklagten und zu dem Zwecke vorgenommen worden sei, um letztere von ihrer Bürgschaftsverbindlichkeit gegenüber von der Gewerbebank zu befreien. Diese Klage wurde nicht für begründet erachtet und es besagen dießfalls die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe:

Wenn auch die Paulianische Klage in dem System des gemeinen Civilrechtes meist unter den Obligationen ex delicto et quasi ex delicto abgehandelt wird,[40] während andere Rechtslehrer derselben ihre Stelle bei der Erörterung über die Kollision mehrerer Forderungen,[41] und wieder andere, namentlich ältere Rechtslehrer, bei der Lehre von den Restitutionen angewiesen haben,[42] so kann doch hieraus nichts Erhebliches hinsichtlich der Natur und

---

[40] Sintenis, Civilrecht, Bd. II, §. 124, Ziff. 6; Windscheid, Pandekten, Bd. II, §. 463; insbesondere Note 15; Brinz, Pand., §. 123; v. Vangerow, Pand., 6. Aufl., Bd. III, §. 697; Keller, Pandekten, §. 370; Arndts, Pand., §. 335, Ziff. 4; Puchta, Pand., 9. Aufl., §. 380; k. sächsisches bürgerl. Gesetzbuch, §. 1509 ff.; Entwurf eines deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse, Art. 1031 ff.; württ. Gesetz über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen vom 5. Sept. 1839, Art. 24, 25; vergl. unten Nro. 14.

[41] Daraus, daß z. B. Arndts, Pand., §. 226, die Paulianische Klage bei der Lehre vom Konkurs erörtert, welcher bei der Lehre von der Kollision mehrerer Forderungsrechte seine Stelle hat (vergl. auch Züricher privatrechtl. Gesetzbuch, §. 1019, 1020), kann selbstverständlich für die Natur der Paulianischen Klage, die auch Arndts zu den Deliktsklagen zählt, Nichts gefolgert werden.

[42] Hofacker, princ. jur. Tom. III, §. 4588; Wening-Ingenheim, Lehrbuch, §. 560; Schweppe, Handbuch, Bd. V, §. 1004.

des Zweckes des genannten Rechtsmittels abgeleitet werden. Denn nach dem klaren Ausspruche der Quellen des gemeinen Rechtes besteht der Zweck der genannten Klage der Regel nach in der Wiederherstellung der durch die betrügliche Handlungsweise des Schuldners zum Nachtheile seiner Gläubiger bewirkten Verringerung seines Vermögens und nicht in der Bestrafung des Beklagten durch Zufügung von Vermögens-Nachtheilen. [43] — l. 25, §. 1, D. quae in fraud. cred. (42, 8) verb.: „quia haec actio rei restituendae gratia, non poenae nomine daretur"; l. 38, §. 4, D. de usuris et fruct. (22, 1); l. 10, §. 19, §. 22, D. quae in fraud. cred. (42, 8). — Als Beklagter wird regelmäßig bezeichnet: der Erwerber, der Besitzer, d. h. Derjenige, der durch die fraudulose Vermögensverringerung des Schuldners Etwas erworben hat, und einem Erwerbe wird die Befreiung von einem Schuldverhältnisse gleich gestellt. Nur unter beschränkenden Voraussetzungen und in beschränktem Umfange haftet auch Derjenige, welcher nicht unmittelbar von dem Gemeinschuldner erworben hat: wenn nämlich dieser mittelbare Erwerb auf einem lukrativen Titel beruht. Außerdem ist in den Quellen des gemeinen Rechtes eine Haftverbindlichkeit Dessen, der nicht unmittelbar von dem Schuldner erwarb, nur in Fällen erwähnt, wo ein Rechtsverhältniß besteht, welches den Uebergang einer Obligation auf eine dritte Person nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen vermittelt, (so im Verhältniß des Haussohnes zum Haus-

[43] Daß die Paulianische Klage keine Pönalklage ist, d. h. daß sie nicht auf Erlegung einer Privatstrafe geht, darüber kann ein Zweifel nicht bestehen; deßhalb ist sie aber nichts desto weniger eine Deliktsklage, d. h. sie hat ihren Grund in einem Delikte, in dem gerere fraudationis causa. Für die Frage, ob eine Klage zu den Deliktsklagen gehört, entscheidet der Grund der Klage, für die Frage, ob eine Deliktsklage Pönalklage ist, entscheidet ihr Gegenstand. Vergl. auch die Bemerkung am Schlusse.

vater, des Sklaven zum Herren, des Bevollmächtigten zum Vollmachtgeber, endlich bei einem Dotalverhältniß), oder wo im Falle des Schulderlasses das Erlöschen der Hauptobligation auf den accessorisch Verpflichteten zurückwirkt (bei der Bürgschaft). Eine weitere Ausdehnung der Paulianischen Klage gegen mittelbar betheiligte Dritte kommt in den Rechtsquellen nicht vor, und ist auch nicht statthaft, denn der Zweck dieser Klage ist, wie bereits bemerkt, die Wiederherstellung eines bestandenen Rechtsverhältnisses, und der Anspruch auf diese Wiederherstellung verwandelt sich nur dann in einen Ersatzanspruch, wenn die Wiederherstellung des früheren Rechtsverhältnisses durch später eingetretene thatsächliche Verhältnisse unmöglich wurde. Keine einzige Stelle unserer Rechtsquellen gibt aber einen Anhaltspunkt dafür, daß mittelst der Paulianischen Klage ein Ersatzanspruch in dem Falle zu begründen wäre, wenn es an den rechtlichen Voraussetzungen zu Geltendmachung des Revokationsanspruches gegen den unmittelbaren Erwerber fehlt.

Wenn von einem Rechtslehrer [44] der Satz aufgestellt wird: „Insofern Jemand thätiger Theilnehmer an dem betrügerischen Verfahren gegen die Gläubiger ist, findet die (Paulianische) Klage gegen ihn statt, obgleich er Nichts aus dem Vermögen des Schuldners erworben hat," so kann man davon absehen, wie der aufgestellte Satz mit der sonstigen Darstellung der Paulianischen Klage durch denselben Rechtslehrer, namentlich hinsichtlich des Zweckes der Klage vereinbar erscheint. [45] Jedenfalls wird die Richtigkeit desselben nicht näher begründet, und die allein für denselben angeführte Gesetzesstelle — l. 25, §. 3, D. quae in fraud. cred. (42, 8) — beweist für denselben

---

[44] Unterholzner, Schuldverhältnisse, Bd. II, §. 346, S. 95.
[45] Unterholzner, a. a. O., §. 347.

Nichts. Die verschiedenen Erklärungsversuche dieser Stelle,[46] welche davon ausgehen, daß unter dem Sklaven, welcher zu empfangen beauftragt wurde, der Sklave des für nicht haftbar erklärten dominus zu verstehen sei, sind genöthigt, die in dieser Stelle gegebene Entscheidung von einschränkenden, in der Gesetzesstelle selbst nicht ausgedrückten Voraussetzungen abhängig zu machen, weil andernfalls ein Widerspruch mit den allgemeinen Grundsätzen über den Erwerb durch Sklaven — vergl. l. 6, §. 12, D. quae in fraud. cred. (42, 8) — entstehen würde. Die richtige Deutung dieser Stelle geht dahin, dieselbe auf den Fall zu beziehen, wenn der Prokurator ohne Wissen des Geschäftsherrn seinem eigenen (d. h. des Prokurators, und nicht des Geschäftsherrn) Sklaven befiehlt, von dem Schuldner etwas zu empfangen. Bei dieser Auslegung steht die betreffende Stelle mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen im Einklang, dagegen beweist dieselbe Nichts für den von Unterholzner aufgestellten Satz. Demzufolge sind auch die Sätze von Windscheid,[47] daß unter gewissen Voraussetzungen auch Derjenige hafte, zu dessen Gunsten die Vermögensverminderung vorgenommen worden, sowie, daß der Dritte, zu dessen Gunsten die Vermögensverminderung vorgenommen worden, falls er die fraus gekannt, ohne Rücksicht darauf hafte, ob er das den Gläubigern Entzogene jemals gehabt habe, auf die Fälle zu beschränken, welche in dieser Beziehung in den Rechtsquellen speziell erwähnt sind.[48]

Das württembergische Recht hat in dem Gesetze vom

---

[46] Sintenis, Civilrecht, 2. Aufl., Bd. II, §. 124, Note 30; Huschke in Linde's Zeitschrift für Civilrecht u. Prozeß, Bd. XIV, S. 63; Unterholzner, Schuldverhältnisse, Bd. II, S. 96, Note i.

[47] Pandekten, Bd. II, §. 463 bei Note 1 und 16.

[48] Eine ausländische Gesetzgebung (die der Kapkolonie) entscheidet den vorliegenden Fall ausdrücklich zu Gunsten der Gläubiger; Voigt, neues Archiv für Handelsrecht, Bd. II, S. 33.

5. September 1839, Art. 24, die Zulässigkeit der Paulianischen Klage auch für den Fall der Zahlung einer fälligen Schuld ausgesprochen, und hiedurch eine Kontroverse des gemeinen Rechtes beseitigen wollen. Dabei ist aber in dem Gesetze an die Spitze des zitirten Art. 24 der Satz gestellt, daß es unter folgenden anderweitigen Bestimmungen hinsichtlich der Paulianischen Klage bei dem gemeinen Rechte bleibe. Bei diesem ausdrücklichen gesetzlichen Ausspruch erscheint der zu Begründung einer einzelnen Abweichung von dem seitherigen Rechte in den Regierungsmotiven aufgestellte Satz: [49] daß der Schuldner, der seine Insolvenz kenne, durch Zahlung an Einen Gläubiger eine Rechtspflicht verletze, und daß der davon Vortheil ziehende Gläubiger an der Verletzung dieser Rechtspflicht Theil nehme," nicht geeignet, eine Abweichung vom gemeinen Rechte in der Feststellung der rechtlichen Natur dieser Klage selbst zu bewirken und dieselbe in eine reine Pönalklage umzugestalten. [50]

Die Bestimmungen des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuche, Art. 50 ff., sind für die Beurtheilung der rechtlichen Natur der Paulianischen Klage im Allgemeinen ohne Bedeutung, da die daselbst aufgeführten Einzelfälle aus Gesetzgebungen herübergenommen sind, welche hinsichtlich der Anfechtbarkeit der Handlungen eines Gemeinschuldners vor dem Gantausbruch auf ganz anderen Prinzipien beruhen. [51]

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 8. Dezember 1868 in der Appellationssache Ruoff u. Gen. c. Schmid'sche Gläubiger.

---

[49] Knapp, Gesetz über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen und Strafen, S. 33, 34.

[50] Vergl. hiezu die Bemerkung am Schlusse.

[51] Vergl. Entwurf des Einführungsgesetzes, Art. 42 ff., Motive, S. 26; Kommissionsbericht der Kammer der Abgeordneten, S. 77; Sitzungsprotokoll, S. 787; Wentzel, preuß. Konkurs-Ordnung, S. 56 ff., S. 210 ff.

Daß die Paulianiſche Klage auch nach württembergiſchen Rechte keine Pönalklage iſt, [52] daß ſie nicht auf Erlegung einer Privatſtrafe geht, ſteht außer allem Zweifel und es hat wohl auch noch Niemand aus der angeführten Stelle der Regierungsmotive zum Art. 24 des Geſetzes vom 5. September 1839 gefolgert, daß das württ. Recht die Paulianiſche Klage in eine Pönalklage umgeſtaltet habe. Auch in der Ausführung in Bd. XI, S. 202 ff. dieſes Archives iſt von einer ſolchen Folgerung keine Rede, ſondern es iſt dort nur ausgeführt, daß die Beſtimmung der Ziffer 2 des Art. 24 — wonach auch die Zahlung einer Schuld, ſowie das Geben an Zahlungsſtatt oder eine vollzogene Zahlungsanweiſung von den benachtheiligten Gläubigern angefochten werden könne, wenn der befriedigte Gläubiger die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners [53] und deſſen Abſicht, ſeine anderen Gläubiger zu vernachtheiligen, gekannt habe — ihren Grund darin habe, daß das Geſetz in der Kenntniß des befriedigten Gläubigers von der fraudulöſen Abſicht des Schuldners eine Theilnahme des Gläubigers an dieſer fraus erblicke. Es folgt dieß aus den Worten des Geſetzes ſelbſt, wie aus deſſen Motiven, welch' letzteren denn doch eine größere Bedeutung für die Auslegung des Geſetzes zukommen wird, als die obigen Entſcheidungsgründe annehmen. Mit dem Nachweis, daß auch die Beſtimmung der Ziff. 2 des Art. 24 ihren Grund in der Theilnahme des befriedigten Gläubigers an dem dolus des Schuldners habe, iſt aber lediglich dargethan, daß die Paulianiſche Klage auch in dieſer Richtung als Deliktsklage ſich darſtellt, ihre Baſis auch in dieſem Falle ein Delikt iſt, wie ſie auch nach römiſchem Rechte als De-

---

[52] Vergl. Note 43.

[53] Vergl. übrigens jetzt Art. 50 und 51 des Geſetzes, die Einführung des deutſchen Handelsgeſetzbuches in Württemberg betr. vom 13. Auguſt 1865.

liktsklage aufzufaſſen iſt. Die Abweichung des württemb. Rechtes vom römiſchen Rechte beſteht nur darin, daß, während letzteres davon ausgeht, daß der Gläubiger, welcher die Zahlung einer ihm zuſtehenden Schuldforderung annehme, ſich hiedurch auch im Falle der Wiſſenſchaft der fraudulöſen Abſicht des Schuldners eines ihn zum Schadenerſatz verpflichtenden dolus nicht ſchuldig mache, das württ. Recht in dieſer Kenntniß eine Theilnahme an dem dolus des Schuldners erblickt, welche den befriedigten Gläubiger zum Erſatze an die benachtheiligten Gläubiger verpflichtet. Es wird ſich dagegen nicht anführen laſſen, daß im erſten Abſatze des Art. 24 geſagt iſt, es bleibe unter den nachfolgenden anderweitigen Beſtimmungen hinſichtlich der Paulianiſchen Klage bei dem gemeinen Rechte. Denn die Frage iſt ja gerade die, inwieweit durch die Beſtimmungen des Art. 24 eine Aenderung des gemeinen Rechtes getroffen worden iſt, und dieſe Frage läßt ſich nur aus den Beſtimmungen des Art. 24 ſelbſt, nöthigenfalls unter Zuhilfenahme der Motive und Kammerverhandlungen, als Auslegungsquellen, beantworten. Uebrigens hat die in Vorſtehendem hervorgehobene Abweichung des württemb. Rechtes von dem röm. Rechte keine Bedeutung für die in den obigen Entſcheidungsgründen erörterte Frage, denn die Ziff. 2 des Art. 24 geſtattet nur die Anfechtung der Zahlung einer Schuld unter den angegebenen Vorausſetzungen. In dem vorſtehend entſchiedenen Fall war aber die den Klägern nachtheilige Zahlung gar nicht angefochten worden, ſie war als rechtsbeſtändig anerkannt, und die Beklagten wurden nur in Anſpruch genommen, weil ſie böslicher Weiſe zu ihrem Vortheil die Zahlung veranlaßt haben ſollten. Dieſer Fall kann aber keinenfalls unter die Ziff. 2 des Art. 24 geſtellt werden und man iſt daher dießfalls auf das römiſche Recht zurückgewieſen.

14) Paulianiſche Klage; nach welchem Rechte ſind deren Vorausſetzungen zu beurtheilen?

Das Vorhandenſein der Vorausſetzungen der Paulianiſchen Klage iſt nach den Beſtimmungen des württ. Rechtes zu beurtheilen, wenn auch die angefochtene Rechtshandlung des Schuldners im Auslande vorgenommen worden iſt. Die Paulianiſche Klage iſt eine Deliktsklage, denn ſie hat ihren Grund in der betrügeriſchen Verkürzungsabſicht des Schuldners ſeinen anderen Gläubigern gegenüber (dem gerere fraudationis causa), beziehungsweiſe in der Theilnahme (conscientia) des befriedigten Gläubigers oder ſonſtigen dritten Erwerbers an jener fraudulöſen Abſicht, ſomit in einem privatrechtlichen Delikte. [54] Dieß iſt auch die Auffaſſung des württembergiſchen Rechtes. Es erhellt dies ſchon aus der Aufnahme der Beſtimmungen über die Paulianiſche Klage in das Geſetz über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen vom 5. Sept. 1839 und wird beſtätigt durch die Beſtimmung des Art. 24 dieſes Geſetzes, wonach, wie im gemeinen Rechte, die Abſicht des Schuldners, ſeine anderen Gläubiger zu vernachtheiligen, und beziehungsweiſe die Kenntniß dieſer fraudulöſen Abſicht ſeiten des begünſtigten Gläubigers, alſo die Theilnahme deſſelben an der fraus des Schuldners, zum Klagegrunde gehört. [55] Auch ſagen die Motive zum Art. 15 des Entwurfes des beſagten Geſetzes über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen ausdrücklich, daß die Paulianiſche

[54] Windſcheid, Pand., Bd. II, §. 463, insb. Note 15, Sintenis, Civilrecht, Bd. II, §. 124, Ziff. 6; Brinz, Pand., Abth. 1, §. 123, S. 532; Vangerow, Pand., 6. Aufl., §. 647; Keller, Pand., §. 370; Arndts, Pand., §. 335, Ziff. 4; Puchta, Pand., 9. Aufl., §. 380; ſächſiſches bürgerl. Geſetzbuch, §. 1509 ff.; Dresdener Entwurf, Art. 1031 ff. Vergl. oben Note 43.

[55] Württ. Archiv, Bd. XI, S. 202 ff.; Bd. XIII, S. 265 ff.

Klage nichts anderes als eine spezielle actio doli sei.[56] Dieselbe Auffassung liegt dem Art. 50 und 51 des Gesetzes vom 13. August 1865, die Einführung des deutschen Handelsgesetzbuches in Württemberg betreffend, zu Grunde, indem der Art. 50 ausdrücklich bestätigt, daß die Paulianische Klage auf Seiten des Schuldners dessen Absicht, seine Gläubiger zu vernachtheiligen, erfordere, der Umstand aber, daß bezüglich der Voraussetzungen der Paulianischen Klage auf Seiten des begünstigten Dritten Nichts gesagt ist, seinen Grund lediglich darin hat, daß diesfalls an dem bestehenden Rechte Nichts geändert werden wollte. Es wird dies durch die Bestimmung des Art. 51 desselben Gesetzes bestätigt. Denn hienach sollen zwar die Rechtshandlungen eines Gemeinschuldners unter gewissen Voraussetzungen der Anfechtung mittelst der Paulianischen Klage unterliegen, ohne daß der Beweis einer fraudulosen Absicht des Gläubigers und der Theilnahme des dritten Erwerbers an dieser fraus erforderlich sein soll. Allein, daß hiemit nur eine Präsumtion für das Vorhandensein jener fraus, beziehungsweise der Theilnahme des Dritten an demselben geschaffen worden, nicht aber an den Voraussetzungen und den Gründen der Paulianischen Klage Etwas geändert worden ist, ergibt sich aus dem angehängten Vorbehalt des Gegenbeweises, wonach die Klage ausgeschlossen ist, wenn bewiesen wird, daß der Schuldner die Benachtheiligung seiner Gläubiger nicht beabsichtiget, beziehungsweise der dritte Erwerber von einer solchen Absicht Nichts gewußt habe. Als Grund der Klage stellt sich daher auch nach dieser Bestimmung das gerere fraudationis causa, also ein privatrechtliches Delikt dar.

Die Statthaftigkeit und das Vorhandensein der Voraussetzungen von Deliktsklagen ist aber, wie das Obertribunal im Anschluß an die Ansicht bewährter Rechts-

[56] Knapp, das Gesetz über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen, S. 30.

lehrer [57] schon früher angenommen hat, [58] nach den Gesetzen des Ortes der Klage zu beurtheilen; es ist der Richter, wo nicht besondere Ausnahmen Platz greifen, bezüglich der Frage, ob eine im Auslande begangene Handlung unerlaubt ist und welche privatrechtliche Verbindlichkeiten aus solchen Handlungen entspringen, an die einheimischen Gesetze gewiesen, da die für die Obligationen aus Delikten gegebenen Vorschriften der Natur der Sache nach den zwingenden Gesetzen beizuzählen sind. In gleicher Weise, wie bei der Bestrafung der im Auslande verübten Delikte der württ. Richter der Regel nach die inländischen Gesetze zur Anwendung zu bringen hat, [59] so können konsequent auch für die privatrechtliche Beurtheilung eines im Auslande begangenen Deliktes nur die inländischen Gesetze zur Richtschnur dienen und nur diese sowohl dafür, ob ein Delikt vorliege, als für die daraus entspringende Ersatzverbindlichkeit die Entscheidungsnorm abgeben. Insbesondere gilt dies, wenn es sich, wie in vorliegendem Falle, von einem durch einen württ. Staatsangehörigen und an Solchen verübten Delikte handelt. Denn verbietende Gesetze seines Landes hat Jeder auch im Auslande zu achten, und wenn er eine durch die Landesgesetze verbotene Handlung im Auslande begeht, so müssen ihn ebendaher auch die in den Gesetzen seines Landes an diese Handlung ge-

---

[57] Wächter, württ. Privatrecht, Bd. II, S. 109 ff.; derselbe, im Archiv für civ. Praxis, Bd. XXV, S. 389 ff.; Savigny, System, Bd. VIII, S. 278 ff.; vergl. Seuffert, Archiv, Bd. I, Nro. 153, Bd. IX, Nro. 1; Bd. XIV, Nro. 197; dagegen Bd. I, Nro. 158, Bd. III, Nr. 295, Bd. II, Nro. 118.

[58] Seuffert, Archiv, Bd. XI, Nro. 3; vergl. Bd. II, Nro. 4; Bd. III, Nro. 135.

[59] Art. 3 des württ. Strafgesetzbuches vom 1. März 1839; vergl. aber jetzt das zum deutschen Reichsgesetze erklärte Strafgesetzbuch für den norddeutschen Bund, §. 4; Schwarze, Kommentar, S. 73 ff.; C. G. v. Wächter, Beitrag zur Geschichte und Kritik der Entw. eines St.-G.-B. für den nordd. Bund, S. 74 ff.

knüpften Folgen treffen, und es hat der württ. Richter, bei welchem ein privatrechtlicher Anspruch aus einem von einem Inländer im Auslande verübten Delikte erhoben wird, nach den württ. Gesetzen den erhobenen Anspruch zu beurtheilen.

Entscheidung des Obertribunals vom 3. Januar 1871 in der Berufungssache Mayer Dreyfuß Söhne c. Essinger.

15) Paulianische Klage; Klageberechtigung der einzelnen Gläubiger während der Dauer des Konkurses über das Vermögen des Schuldners.

Die Anfechtung der Handlung eines Schuldners mit der Paulianischen Klage steht nach Eröffnung des Konkurses über denselben und während der Dauer des Konkurses der Regel nach nur der Gesammtheit der Gläubiger, beziehungsweise deren Vertreter, dem curator bonorum, zu — l. 1 pr. D. quae in fraudem cred. (42, 8) — [60] indem die mit der Paulianischen Klage zu erstreitenden Mittel zur Konkursmasse gehören und mit dieser gesetzlicher Ordnung gemäß unter die Konkursgläubiger zu vertheilen sind. Es gilt dies jedoch nur als Regel; denn wenn die Gesammtheit der Gläubiger als solche von ihrem Rechte zur Verfolgung der Paulianischen Klage keinen Gebrauch macht, oder dieses Rechtes sich begibt, so erscheint in Folge dessen wieder jeder einzelne Gläubiger, wenn und soweit derselbe durch die fragliche Handlung des Gemeinschuldners vernachtheiligt ist, zur Klageerhebung legitimirt, da das Paulianische Rechtsmittel jedem Gläubiger aus seiner eigenen Person zusteht. [61]

Entscheidung des Obertribunals vom 3. Januar 1871 in der Berufungssache Mayer Dreyfuß Söhne c. Essinger.

---

[60] Windscheid, Pand., Bd. II, §. 463, Note 25; Bayer, Konkursprozeß, §. 41, Note 9; Sarwey, Monatschrift, Bd. XX, S. 423; Seuffert, Bd. XI, Nro. 321, S. 461; Bd. XIX, Nro. 96, S. 152.

[61] Seuffert, Archiv, Bd. II, Nro. 115; Bd. XIX, Nro. 96.

16) Paulianiſche Klage; Feſtſtellung der Vernachtheiligung des klagenden Gläubigers.

Die Paulianiſche Klage iſt, wie das Obertribunal ſchon früher angenommen hat,[62] weder nach gemeinem noch nach württ. Rechte dadurch bedingt, daß im Gante des Schuldners zuvor rechtskräftig feſtgeſtellt worden, an welchen Gläubigern die Maſſe ſich erſchöpfe und in welchem Maße der klagende Gläubiger durch die doloſe Handlung des Schuldners beſchädigt worden. Allerdings gehört es zu den Vorausſetzungen der Paulianiſchen Klage, daß das Daſein und das Maß eines für den klagenden Gläubiger nachtheiligen Erfolges der angefochtenen Handlung des Schuldners (eventus fraudis) feſtgeſtellt iſt, — l. 10, §. 1, D. quae in fraud. cred. (42, 8) — und es muß insbeſondere thatſächlich feſtſtehen, daß der klagende Gläubiger beim Schuldner ſelbſt nicht und in wie weit nicht zur Befriedigung kommen kann. Dieſe Feſtſtellung muß aber nicht nothwendig im Konkursverfahren erfolgen, der Konkurs iſt nur eines der Mittel, den nachtheiligen Erfolg der doloſen Handlung des Schuldners für den klagenden Gläubiger zu konſtatiren, nicht formelle Vorausſetzung des Paulianiſchen Rechtsmittels, und es kann daher jener Erfolg auch in anderem Wege feſtgeſtellt werden.

Entſcheidung des Obertribunals vom 3. Januar 1871 in der Berufungsſache Mayer Dreyfuß Söhne c. Eſſinger.

17) Paulianiſche Klage; praesumtio doli, wenn ein Stellvertreter des begünſtigten Gläubigers für dieſen gehandelt hat.

Nach Art. 51, Ziff. 2 und 3 des Geſetzes vom 13. Auguſt 1860, betreffend die Einführung des deutſchen

---

[62] Württ. Archiv, Bd. VI, S. 209 ff.; Seuffert, Archiv, Bd. XV, Nro. 180; vergl. Windſcheid, Pand., Bd. II, §. 463, Note 26; Harpprecht in Sarwey's Monatſchrift, Bd. XX, S. 423; Seuffert, Archiv, Bd. III, Nro. 251; Bd. IX, Nro. 356, Ziff. 2, Bd. XI, Nro. 321; Bd. XVI, Nro. 171; dagegen ebendaſ. Bd. III, Nro. 251; Bd. XIII, Nro. 202; Bd. XVIII, Nro. 86.

Handelsgesetzbuches in Württemberg wird die Absicht des Gemeinschuldners, seine Gläubiger zu vernachtheiligen und die Kenntniß dieser Absicht seiten des begünstigten Gläubigers bis zum Beweise des Gegentheiles vermuthet, wenn eine noch nicht fällige Schuld baar oder durch Hingabe an Zahlungsstatt, oder die Berichtigung einer fälligen Schuld auf andere Weise als durch Baarzahlung, oder durch Hingabe von Werth- oder Handelspapieren bewirkt und die fragliche Rechtshandlung innerhalb der letzten dreißig Tage vor dem im Art. 23 des Gesetzes vom 5. September 1839, betreffend die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen, bezeichneten Zeitpunkte vorgenommen worden ist. Diese gesetzliche Vermuthung trifft auch zu, wenn die angefochtene Rechtshandlung nicht von dem befriedigten Gläubiger selbst, sondern von einem Stellvertreter desselben vorgenommen worden ist. Oberstrichterliche Entscheidungsgründe besagen hierüber:

Der Umstand, daß der Beklagte nicht selbst es war, durch welchen die mit der Paulianischen Klage angefochtene Hingabe von Waaren an Zahlungsstatt bewirkt worden ist, sondern ein Buchhalter desselben dieses Geschäft mit der Ehefrau des Gemeinschuldners geschlossen hat, steht der Anwendung der Bestimmung des Art. 51 des Einführungsgesetzes nicht im Wege. Der Art. 51 bestimmt allgemein, daß die Berichtigung einer noch nicht fälligen Schuld durch Baarzahlung oder durch Hingabe an Zahlungsstatt, sowie die Berichtigung einer fälligen Schuld, welche nicht durch Baarzahlung oder nicht durch Hingabe von Werth- oder Handelspapieren bewirkt worden, wenn sie vor dem oben bezeichneten Zeitpunkte vorgenommen worden, der Anfechtung mittelst der Paulianischen Klage unterliege, ohne daß der Beweis der Verkürzungsabsicht des Gemeinschuldners und der Beweis der Kenntniß dieser Absicht durch den Erwerber erfordert werde. Die Vermuthung dieser letzteren Kenntniß muß daher auch dann Platz greifen, wenn das Geschäft durch einen Stellvertreter

geschlossen worden ist, und es liegt auch in diesem Falle dem Erwerber die Führung des Gegenbeweises, daß er keine Kenntniß von der Verkürzungsabsicht des Gemeinschuldners gehabt habe, ob. Uebrigens würde dieser Beweis nicht einmal ausreichen, um die Anfechtung des in Frage stehenden Geschäftes mittelst der Paulianischen Klage auszuschließen. Denn auch dann, wenn der Erwerber, welcher durch einen Stellvertreter gehandelt, die fraudulose Absicht des Gemeinschuldners nicht kannte, haftet er bezüglich dessen, was in seine Hände gekommen ist, wenn auch nur sein Stellvertreter jene Absicht gekannt hat — l. 6, §. 12, l. 10, §. 5, D. quae in fraud. cred. (42, 8). [63]

Entscheidung des Obertribunals vom 3. Januar 1871 in der Berufungssache Mayer Dreyfuß Söhne c. Essinger.

18) Paulianische Klage; betrügliche Absicht des Schuldners.

Gegen das Vorhandensein einer fraudulosen Absicht auf Seiten der Ehefrau des Gemeinschuldners, welche in Stellvertretung ihres Ehemannes die mit der Paulianischen Klage angefochtene Befriedigung eines Gläubigers durch Hingabe von Waaren an Zahlungsstatt bewirkt hatte, wurde eingewendet, daß nach den eigenen Behauptungen des Klägers die Ehefrau des Gemeinschuldners nur durch Drohung und Ueberredung, insbesondere durch Vorstellung, sie könne durch Hingabe der Waaren die Sperrung ihres Ladens verhindern und die Fortsetzung des Geschäftes ermöglichen, zur Ausfolge der Waaren bestimmt worden sei. Diese Einwendung wurde nicht für begründet erachtet. Denn, sagen die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe, wenn auch die Ehefrau des Gemeinschuldners sich in der klägerischer Seits behaupteten Weise zu der Abgabe der Waaren sollte haben bestimmen lassen, so würde

[63] Keller, Pandekten, S. 694.

daraus nicht folgen, daß sie sich hiebei der Ueberschuldung ihres Mannes und der in der Abgabe der Waaren an einzelne Gläubiger liegenden Benachtheiligung der übrigen Gläubiger nicht bewußt gewesen. Mehr als dieses Bewußtsein bedarf es aber nicht, um die zu der Begründung der Paulianischen Klage erforderliche Verkürzungsabsicht annehmen zu können — l. 17, §. 1, D. quae in fraud. cred. (42, 8). [64]

Entscheidung des Obertribunals vom 3. Januar 1871 in der Berufungssache Mayer Dreyfuß Söhne c. Essinger.

19) Paulianische Klage; Beginn der Verjährungsfrist.

Der Art. 25 des Gesetzes vom 5. Sept. 1839, betreffend die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen, bestimmt, daß die einjährige Verjährungsfrist der Paulianischen Klage erst vom Tage der Rechtskraft der Verweisung an zu laufen beginne. In einem Falle, in welchem der Schuldner, dessen Rechtshandlung mit der Paulianischen Klage angefochten wurde, in Bayern in Gant gerathen war, wurde nun eingewendet, daß die fragliche Bestimmung des württ. Rechtes nur für diejenigen Fälle Geltung habe, in welchen es sich um einen vor den württ. Gerichten auszutragenden Gant handle. Diese Einwendung wurde als im Gesetze nicht begründet erachtet. Denn, sagen die Entscheidungsgründe des Obertribunals, das Gesetz redet ganz allgemein und muß nach seinem Grund und Zweck auch allgemein verstanden werden. Der weiter geltend gemachte Umstand aber, daß es in Bayern eine rechtskräftige Verweisung nicht gebe, das Gantverfahren vielmehr dort durch einen einfachen Distributionsbescheid ab-

---

[64] Württ. Archiv, Bd. VIII, S. 265—267; Keller, Pand., S. 694 oben; Windscheid, Pand., Bd. II, §. 463, Ziff. 2, Note 10; Seuffert, Archiv, Bd. III, Nro. 149; Bd. V, Nro. 95; Bd. VII, Nro. 268; Bd. IX, Nro. 356, Ziff. 3; Bd. XII, Nro. 227.

geſchloſſen werde, könnte nur darauf führen, daß die Verjährungsfriſt ſchon vom Tage der Eröffnung des Diſtributionsbeſcheides an zu laufen beginnen müßte. Ein früherer Zeitpunkt als die Erlaſſung dieſes Beſcheides kann vom Standpunkte des württ. Rechtes nicht in Betracht kommen. Schon die Worte des Geſetzes ſetzen außer Zweifel, daß die Verjährungsfriſt vor dem gänzlichen Abſchluſſe des Gantverfahrens nicht zu laufen beginnen ſolle. Es wird dies aber weiter dadurch beſtätiget, daß nach dem Entwurfe des Geſetzes die Verjährungsfriſt vom Tage der Eröffnung der Gantverweiſung oder des Verweiſungsprojektes an hätte zu laufen beginnen ſollen, ſelbſt dieſer Zeitpunkt jedoch bei der Berathung des Geſetzes noch für zu frühe erachtet worden iſt, weil im Falle der Berufung gegen die Verweiſung ein Gläubiger möglicher Weiſe erſt in Folge eines abändernden Erkenntniſſes der höheren Inſtanz erfahre, daß er bei der Sache betheiliget ſei. [65] Daraus erhellt, daß der Lauf der Verjährungsfriſt nicht früher beginnen ſoll, als bis endgiltig feſtgeſtellt worden, was jeder Gläubiger aus der Gantmaſſe zu gewärtigen hat. Im württ. Gantprozeſſe iſt dies erſt nach eingetretener Rechtskraft der Verweiſung der Fall. Schließt der bayeriſche Konkursprozeß mit einem einfachen Diſtributionsbeſcheid ab, ſo wird hiedurch endgiltig feſtgeſtellt, was jedem Gläubiger zukommt, und es muß daher von dieſem Zeitpunkte an der Lauf der Verjährungsfriſt berechnet werden.

Entſcheidung des Obertribunals vom 3. Januar 1871 in der Berufungsſache Mayer Dreyfuß Söhne c. Eſſinger.

---

[65] **Knapp, Geſetz über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen, S. 13, 34, 35, 245.**

20) Legitimation des Pflegers eines unehelichen Kindes zur Klage auf dessen Alimentirung gegen den natürlichen Vater im Falle des Widerspruches der Mutter.

Das Recht auf Alimente steht dem unehelichen Kinde selbst gegen seinen natürlichen Vater zu. Dieß erhellt aus dem klaren Wortlaut der Ziff. 1, Abs. 1, des Art. 28 des Gesetzes vom 5. Sept. 1839, weil nach demselben der Vater seinem unehelichen Kinde, also nicht der Mutter desselben, Alimente zu reichen schuldig ist. Eine Verfügungsbefugniß über die Rechte des Kindes hat nur dessen gesetzlicher Vertreter. Letzteres ist der Vater der Mutter oder der Vormund des Kindes, nicht die Mutter. Daraus folgt von selbst, daß die Frage, ob und wie weit der Alimentenanspruch des Kindes gerichtlich zu verfolgen sei, von dem Vater der Mutter, beziehungsweise dem Vormund des Kindes zu entscheiden ist, und der Mutter ein Widerspruchsrecht, eben weil ihr keine Dispositionsbefugniß über den Alimentenanspruch des Kindes zukommt, nicht zusteht. Der Wortlaut des Abs. 2 der Ziff. 1 des angeführten Art. 28 steht diesem, aus der Natur der Sache sich ergebenden Satze nicht entgegen, sofern daselbst das Wort „nur" nicht zwischen den Worten: „in beiden Fällen" und „in Verbindung mit der Mutter," sondern vor dem Worte „entweder" steht und daher wohl blos hat ausdrücken sollen, daß die Klage nicht von der Mutter, sondern nur von deren Vater oder dem Pfleger des Kindes erhoben werden könne, indem das Wort „nur" in seiner Stellung in dem Abs. 2 nicht nothwendig auch auf die Worte „in Verbindung mit der Mutter" zu beziehen ist. Ebensowenig steht jener Auslegung die Entstehungsgeschichte des Abs. 2 entgegen, wie aus den Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1839, Bd. XII, Beil.-Heft 2, S. 230, §. 50, Prot.-Bd. II, 25. Sitzung, S. 57, 72, 28. Sitzung,

S. 6, 7 und Prot.-Bd. VII, 74. Sitzung, S. 46, 47 [66] zu ersehen ist.

Der Vormund des Kindes ist daher auch unter dem Widerspruche der Mutter desselben zur Klage auf Reichung von Alimenten an das Kind legitimirt. Hieraus ergibt sich auch, daß, wenn in dem Widerspruche der Mutter gegen die Klage des Vormundes sogar ein Verzicht der Mutter auf die Klage erblickt werden könnte, dieser Verzicht eine rechtliche Wirkung auf den Anspruch des Kindes nicht äußern könnte, weil der Mutter ein Recht der Verfügung über solchen nicht zukommt.

Entscheidung des Obertribunals vom 20. März 1866 in der Appellationssache M. c. M.

21) Bedeutung der Anerkennung eines vor der Verehelichung seiner Mutter gezeugten Kindes durch den nachherigen Ehemann der Mutter für die Legitimation des Kindes.

Georg Egner von K. heirathete am 3. Mai 1868 die Tochter des Christoph Hilker von K. Am 25. Juni 1868 gebar diese ein Kind, welches mit Zustimmung des Ehemannes auf dessen Namen getauft und in das Geburtsregister von K. eingetragen worden ist. Am 24. April 1868 schloß Georg Egner mit Heinrich Wolf von E. einen Vertrag, durch welchen sich dieser als natürlicher Vater des Kindes der Ehefrau des Egner verpflichtete, dem Bekl. als Abfindungssumme für die Ansprüche an ihn 225 fl. zu bezahlen und es ist diese Summe auch von Wolf an Egner bezahlt worden. Am 23. Juni 1869 starb die Ehefrau des Egner. Am 22. August 1869 erhob Christoph Hilker bei dem Stadtschultheißenamt K. Klage auf Herausgabe des Kindes an ihn, als mütterlichen Grosvater, da das Kind von der verst. Ehefrau des Egner vor der Ehe mit einem Anderen gezeugt worden und Egner nicht dessen

[66] Vergl. Knapp, das Gesetz vom 5. Sept. 1839, S. 275, 276

Vater sei. Dieser verweigerte die Herausgabe, da ihm bei Eingehung der Ehe mit seiner verstorbenen Ehefrau von deren Eltern zur ausdrücklichen Bedingung gemacht worden sei, daß er das zu erwartende uneheliche Kind derselben adoptire. Der Bekl. sei in gutem Glauben gewesen, daß er diese Bedingung dadurch erfüllt habe, daß er dem Kinde seinen Namen gegeben; erforderlichen Falls sei er bereit, die zur Adoption erforderlichen Förmlichkeiten nachzuholen. Nun erhob Hilker gerichtliche Klage gegen Egner auf Herausgabe des Kindes und Ueberlassung der Nutznießung des mütterlichen Vermögens desselben. Egner gab zu, daß seine Ehefrau, als er sie geheirathet, schwanger gewesen und Heinrich Wolf von E. der Erzeuger des von ihr am 25. Juni 1868 geborenen Kindes sei. Hilker sei aber nicht befugt, die Herausgabe des Kindes und die Nutznießung seines Vermögens zu verlangen, da Hilker selbst bei der Verlobung seiner Tochter dem Egner die Bedingung gestellt habe, daß er das zu erwartende Kind als ein in der Ehe erzeugtes ansehen und behandeln, daß er es an Kindesstatt annehmen müsse. Diese Bedingung habe Egner eingegangen und sei daher das Kind einem ehelichen gleich zu achten. Die Klage wurde abgewiesen, weil Hilker als zu Erhebung der Klage nicht legitimirt erachtet wurde. Am 22. Febr. 1870 starb auch das Kind der verst. Ehefrau des Egner und nun verlangte Hilker unter Wiederholung der Behauptung, daß das Kind nicht von Egner, sondern von Heinrich Wolf vor der Verehelichung der Ehefrau des Egner mit diesem gezeugt worden, somit nicht Egner, sondern Hilker als der mütterliche Grosvater des Kindes dessen Erbe geworden sei, die Herausgabe des Vermögens des Kindes. Der Bekl. wandte ein, daß das Kind einem ehelichen gleich zu achten sei, da er solches auf seinen Namen habe taufen und in das Geburtsregister eintragen lassen. Denn die juristische Praxis habe, im Anschluß an das bezüglich der Konkubinenkinder geltende römische Recht den Satz angenommen, daß ein in

der he geborenes, aber nicht erzeugtes Kind gleich einem ehelichen zu behandeln sei, wenn das Kind von dem Ehemanne anerkannt worden, ohne daß es weiter darauf ankomme, ob das Kind auch wirklich von dem Ehemanne erzeugt sei. Die Praxis habe der Anerkennung dieselbe Wirkung beigelegt, welche durch die gesetzliche Präsumtion im Falle der Geburt eines Kindes am 182. Tage nach Eingehung der Ehe begründet werde. Es beruhe dieser Satz der juristischen Praxis auf rechtspolitischen Gründen, indem dadurch im Interesse der Rechtssicherheit eine Norm für die unabänderliche Feststellung der Statusrechte habe aufgestellt werden wollen, da anderenfalls die Rechte der Kinder im höchsten Grade gefährdet wären. Wie aber die Anerkennung des Kindes durch den Ehemann jenem zu gut kommen müsse, ohne daß ein Gegenbeweis auf Grund der Nichtexistenz der natürlichen Vaterschaft zulässig sei, so müsse auch der Ehemann auf die Anerkennung und deren Wirkungen sich berufen können, da derselbe durch das Anerkenntniß Pflichten übernommen habe und nach dem Rechte der Reziprozität ihm daher auch die entsprechenden Rechte zukommen müssen. Wenn aber auch die Anerkennung des Kindes seiten des Ehemannes seiner Mutter nicht als ein bindender Dispositionsakt, sondern nur als ein Beweismittel für die Vaterschaft zu betrachten wäre, so sei durch die erfolgte Anerkennung des von der Ehefrau des Beklagten geborenen Kindes seiten des Beklagten der Beweis der Vaterschaft des Letzteren geführt und ein Gegenbeweis nicht erbracht worden.

Die Gerichte waren anderer Ansicht und es wurde in erster und zweiter Instanz der Beklagte zur Herausgabe des Vermögens des Kindes verurtheilt. Aus den Entscheidungsgründen des Obertribunals ist Folgendes auszuheben:

Bekl. Seits ist geltend gemacht worden, daß in Folge der von dem Beklagten durch die Taufe des Kindes auf seinen Namen thatsächlich geschehenen Anerkennung des

Kindes als des seinigen dieses einem legitimen, in der Ehe des Beklagten mit der Mutter des Kindes erzeugten gleich zu achten sei, wer auch der natürliche Vater desselben sein möge, da durch die Anerkennung, als einem bindenden Dispositionsakte, dem Kinde die Geltung eines ehelichen verschafft worden sei. Allein ein vor der Verehelichung seiner Mutter von einem Dritten gezeugtes Kind kann durch die bloße Anerkennung des nachherigen Ehemannes der Mutter die Rechte eines ehelichen nicht erlangen. Es gibt nur zwei Wege, einem außerehelich erzeugten Kinde diese Rechte zu verschaffen, die nachfolgende Verehelichung seiner Eltern, oder die Adoption, beziehungsweise Arrogation des Kindes. Für die Legitimation des außerehelich erzeugten Kindes durch die nachfolgende Verehelichung seiner Mutter bildet aber die natürliche Vaterschaft des Ehemannes die unumgängliche Voraussetzung, während, wenn das Kind von einem Dritten gezeugt worden ist, demselben durch die nachfolgende Ehe seiner Mutter mit einem Anderen, als dem natürlichen Vater des Kindes, die Rechte eines ehelichen nicht verliehen werden können. Will der Ehemann diesem ihm fremden Kinde die Rechte eines ehelichen verschaffen, so kann dieß nur im Wege der Arrogation geschehen, und die bloße Willenserklärung, daß ein von dem Erklärenden nicht gezeugtes Kind als dessen eheliches gelten und anerkannt sein solle, ist nicht genügend, eine juristische Verwandtschaft, die in Ermangelung der natürlichen allein denkbar ist, herzustellen. Seiten des Beklagten ist hiegegen zwar geltend gemacht worden, daß die Rechtsinstitute der Adoption und der Legitimation durch nachfolgende Ehe nur auf Kinder sich beziehen, welche vor der Ehe geboren worden seien, nicht aber auf während der Ehe geborene Kinder, welcher Fall hier vorliege. Allein von rechtlicher Bedeutung ist nicht sowohl die Geburt, als die Zeugung während der Ehe. Wird ein Kind am 182. Tage nach Eingehung der Ehe oder später geboren, so gilt es als eheliches, weil angenommen wird, es sei in der Ehe er-

zeugt. Wird das Kind vor dem 182. Tage nach Eingehung der Ehe geboren, so steht seine außereheliche Erzeugung fest und es kann das Kind die Rechte eines ehelichen nur erlangen, wenn dasselbe entweder von seiner Mutter mit deren jetzigen Ehemann vor der Ehe erzeugt worden ist, in welchem Falle das Kind durch die Thatsache der seiner Zeugung nachgefolgten Ehe seiner Eltern legitimirt ist, oder, falls der Ehemann seiner Mutter nicht sein natürlicher Vater ist, wenn es von diesem arrogirt wird. Die bloße Anerkennung macht das uneheliche Kind, sei es vor derselben oder während derselben, aber vor dem 182. Tage nach deren Eingehung geboren, nicht zu einem ehelichen, wie dieß von dem Obertribunal auf Grund der hier maßgebenden Bestimmungen des römischen Rechtes schon in mehreren Fällen angenommen und ausgeführt worden ist. [67]

Die Anerkennung eines vor der Verehelichung seiner Mutter gezeugten Kindes durch den Ehemann der Mutter kommt für die Legitimitätsfrage nur insofern in Betracht, als sie das vorzüglichste Beweismittel für die Vaterschaft des Ehemannes zu Gunsten des Kindes bildet und dieses im Falle seiner Anerkennung durch den Ehemann bis zum Beweise des Gegentheiles als legitimirt zu betrachten ist. Nun hat allerdings der Bekl. das von seiner Ehefrau geborene Kind auf seinen Namen taufen und in das Geburtsregister eintragen lassen und es liegt in dieser Handlung die stillschweigende Erklärung des Beklagten, das Kind als sein Kind anerkennen zu wollen. Allein abgesehen von der Frage, ob dieser Anerkennung in dem vorliegenden Falle, wo dieselbe nicht zu Gunsten des Kindes, sondern zu Gunsten des Ehemannes geltend gemacht werden will, überhaupt Bedeutung beigelegt werden könnte, ist

---

[67] Württ. Archiv, Bd. XI, S. 99 ff., 91 ff.; Seuffert, Bd. XXI, Nro. 200; Bd. XXII, Nro. 281. Vergl. auch Windscheid, Pand., Bd. II, Abth. 2, §. 522, Note 7.

für die Legitimitätsfrage dem oben Bemerkten zufolge die Anerkennung eines vor der Ehe erzeugten Kindes durch den Ehemann überhaupt nur insofern von entscheidender Bedeutung, als sie zur Herstellung des Beweises der natürlichen Vaterschaft dienlich erscheint. Daß der Bekl. aber das Kind aus dem Grunde auf seinen Namen habe taufen und in das Geburtsregister eintragen lassen, weil er sich für den natürlichen Vater des Kindes gehalten und *als dessen Erzeuger* habe bekennen wollen, hat der Bekl. selbst nicht zu behaupten vermocht. Vielmehr hat derselbe seinem eigenen Vorbringen zufolge das von seiner Ehefrau geborene Kind deßhalb auf seinen Namen taufen und in das Geburtsregister eintragen lassen, weil der Kläger ihm bei der Verlobung mit seiner Tochter ausdrücklich zur Bedingung gemacht, daß er das Kind, mit welchem die Tochter des Klägers damals schwanger gewesen, als ein in der Ehe erzeugtes *ansehen* und *behandeln* müsse, welche Bedingung der Bekl. durch die Taufe und den Eintrag auf seinen Namen erfüllt habe. Schon hiemit verliert die in dieser Handlung liegende Anerkennung des Kindes durch den Bekl. für die Legitimitätsfrage jede Bedeutung. Denn es stellt sich hienach die fragliche Handlung lediglich als die Erfüllung einer von dem Beklagten, ganz abgesehen von dem Ursprunge des Kindes, gegen den Kläger eingegangenen Verbindlichkeit dar und läßt sich daher nicht als die Anerkennung der natürlichen Vaterschaft des Beklagten zu dem Kinde auffassen, bei deren Annahme sich in der That auch nicht erklären ließe, wozu es des besonderen Ansinnens der Anerkennung des Kindes hätte bedürfen sollen. Die Darstellung des Bekl. im Vorprozesse stellt auch außer allen Zweifel, daß bei dem gedachten Ansinnen der Kläger, wie der Beklagte, im Gegentheil davon ausgegangen sind, daß der Bekl. nicht der natürliche Vater des zu erwartenden Kindes der Tochter des Klägers sei. Denn in dem Vorprozesse hat der Bekl. vorgetragen, daß der Kläger ihm die *Adoption*

des von seiner zukünftigen Ehefrau zu erwartenden unehelichen Kindes zur Bedingung gemacht und er diese Bedingung dadurch, daß er dem Kinde seinen Namen gegeben, zu erfüllen geglaubt habe, und daß er, da er sich hierin geirrt, bereit sei, die zur Adoption erforderlichen Förmlichkeiten nachzuholen. Die Adoption des Kindes hätte aber dem Beklagten nicht angesonnen werden können, wenn davon ausgegangen worden wäre, daß dieser der natürliche Vater des Kindes sei, und indem der Beklagte erklärte, daß er durch den Eintrag und die Taufe des Kindes auf seinen Namen das Kind adoptirt zu haben vermeint habe, hat er damit zu erkennen gegeben, daß er das Kind nicht als von ihm erzeugt betrachtet habe und die thatsächliche Anerkennung des Kindes nicht eine Anerkennung der natürlichen Vaterschaft enthalten sollte. In Uebereinstimmung hiemit ist bekl. Seits in dem Vorprozesse auch unumwunden eingeräumt worden, daß nicht der Beklagte, sondern ein Dritter das Kind mit der nachherigen Ehefrau des Bekl. erzeugt habe, und auch in dem gegenwärtigen Rechtsstreite hat der Bekl. nicht zu behaupten vermocht, daß er der Erzeuger des Kindes gewesen. Es macht derselbe jetzt nur geltend, daß er schon vor der Ehe, und zwar innerhalb der kritischen Zeit, fleischlichen Umgang mit seiner nachherigen Ehefrau gehabt habe. Er gründet hierauf aber nicht die Behauptung, daß er der Vater des von seiner Ehefrau geborenen Kindes sei, vielmehr räumt er ausdrücklich ein, daß seine Ehefrau in der kritischen Zeit auch mit Anderen fleischlichen Umgang gehabt habe und daher als zweifelhaft erscheine, von wem das Kind erzeugt worden sei. Selbst wenn die Behauptung eines vorehelichen geschlechtlichen Umganges des Beklagten mit seiner Ehefrau erwiesen wäre, würde daher daraus für die Vaterschaft des Bekl. zu dem Kinde Nichts gefolgert werden können. Es hat aber zudem der Bekl. nicht nur selbst zugegeben, daß er die jetzt erst aufgestellte Behauptung jenes angeblichen vorehelichen geschlechtlichen

Umganges mit seiner Ehefrau nicht beweisen könne, sondern es spricht auch gegen diese Behauptung, daß der Beklagte zugestandenermaßen am 24. April 1868 mit Heinrich Wolf einen Vertrag geschlossen hat, durch welchen sich Letzterer als natürlicher Vater des von der Ehefrau des Beklagten geborenen Kindes verpflichtet hat, Diesem als Abfindungssumme für die daraus erwachsenen Ansprüche 225 fl. zu bezahlen, und daß der Bekl. diese Summe von Wolf auch erhoben hat. Diesen Vertrag hätte der Bekl., ohne sich einer betrüglichen Handlungsweise schuldig zu machen, mit Wolf nicht schließen können, wenn er selbst in der kritischen Zeit mit seiner Ehefrau zu thun gehabt hätte.

Der Bekl. glaubt zwar, daß er weder dafür beweispflichtig sei, daß er schon vor der Ehe in der kritischen Zeit mit seiner Ehefrau geschlechtlichen Umgang gepflogen habe, noch daß Etwas darauf ankomme, ob Letztere in der kritischen Zeit sich auch mit anderen Männern eingelassen. Allein der Bekl. geht hiebei davon aus, daß durch sein Anerkenntniß des Kindes, welches in der Gestattung der Taufe desselben auf seinen Namen liege, die Vaterschaft bis zum Beweise des Gegentheiles festgestellt sei, während bereits dargethan worden ist, daß jenes thatsächliche Anerkenntniß unter den obwaltenden Umständen für die Vaterschaftsfrage bedeutungslos ist. Hievon ist aber die nothwendige Folge, daß dem Beklagten zu beweisen obliegt, daß das Kind seiner Ehefrau ihn zum Erzeuger habe, während er dieß nicht einmal zu behaupten vermocht hat.

Entscheidung des Obertribunals vom 19. Sept. 1870 in der Berufungssache Hilker c. Egner.

22) Entziehung der Erbschaft wegen Unwürdigkeit des Erben.

Eine Ehefrau war in Folge schwerer körperlicher Mißhandlung durch ihren Ehemann eines unnatürlichen

Todes gestorben und es wurde angenommen, daß der Ehemann diese tödtliche Wirkung als wahrscheinliche Folge seiner Gewaltthat habe vorhersehen können. Hiedurch, wurde angenommen, habe der Ehemann sich unwürdig gemacht, Erbe seiner Ehefrau zu werden und es könne ihm deßhalb die ihm zugefallene Erbschaft wieder entzogen werden. In den Entscheidungsgründen des Obertribunals wird hierüber ausgeführt:

Die l. 3 D. de his quae ut indignis (34, 9) erklärt des Erbschaftsbesitzes Denjenigen für unwürdig „qui manifestissime comprobatus est, id egisse, et per negligentiam et culpam suam mulier, a qua heres institutus erat, moreretur.“ Mit Unrecht würde man diese Bestimmung auf den Fall beschränken, wenn der Erbe den Tod des Erblassers mit directer Absicht, ihn herbeizuführen, verursacht hat, was sich mit kurzen Worten und ungleich einfacher, als es hier geschehen, hätte ausdrücken lassen, wie dies z. B. in anderen Gesetzesstellen, welche den Fall einer absichtlichen Herbeiführung des Todes eines Erblassers besprechen wollten, mit den wenigen Worten geschehen ist: — „si cognatum suum interimi curaverit, si neque dolo malo tuo maritum necatum, probari confidis“ — l. 7, §. 4, D. de bonis damnatorum (48, 20); cst. 10, Cod. de his quibus ut indignis (6, 35). — Indem in der erwähnten Gesetzesstelle ausdrücklich eine Wechselbeziehung zwischen dem Tode des Erblassers und einer bloßen Verschuldung des Erben an dem Tode des Erblassers als entscheidend vorausgesetzt wurde, wenn der Erblasser durch die Nachlässigkeit und Verschuldung des Erben gestorben war (si per negligentiam et culpam suam moreretur), so war hiemit ohne Zweifel eine solche Handlung mit tödtlichem Erfolge gemeint, welche in Absicht, auf Zurechnung auf eine wesentlich fahrlässige Willensstimmung zurückzuführen ist, nicht aber eine Handlung, wobei die bewußte Absicht zu tödten die Triebfeder des Handelnden war. Wollte man der gedachten Stelle wegen

der Worte: „id egisse, ut“ die letztere Deutung geben, so würde der ganze Satz einen inneren Widerspruch enthalten, oder würden die Worte: „per negligentiam et culpam heredis mori“ müssig dastehen, was nicht angenommen werden darf, oder könnte man die Stelle auf den Fall zu beziehen geneigt sein, wenn der Erbe etwa den versuchten Tod des Erblassers durch Unterlassungshandlungen (per negligentiam) absichtlich herbeigeführt habe, wozu aber der gewöhnliche Sinn, welcher mit den Worten negligentia et culpa zu verbinden ist, nicht berechtigt. Dagegen lassen die Worte „id agere, ut“ in diesem Zusammenhange ohne Zwang die Deutung zu: wer überwiesen sei, dahin gewirkt (oder es so getrieben) zu haben, daß durch seine Nachlässigkeit und Schuld der Tod seines Erblassers erfolgte, was keineswegs den Sinn mit sich trägt, daß direkt der Wille den Tod des Erblassers herbeizuführen, die Absicht zu tödten, vorhanden gewesen sein müsse, wohl aber genau auf einen Fall, wie der vorliegende, paßt, wenn Absichtlichkeit bei Begehung einer gegen die Person des Erblassers gerichteten und denselben gefährdenden Handlung mit einer, was den eingetretenen tödtlichen Erfolg betrifft, fahrlässigen Willensstimmung zusammentrifft, auf den Fall, wenn eine Mißhandlung beabsichtigt und der Tod hiedurch zwar nicht absichtlich herbeigeführt wurde, diese Folge jedoch von dem Handelnden hätte vorhergesehen werden sollen und hätte in Rechnung genommen werden können (culpa dolo determinata). Der Auslegung der gedachten Gesetzesstelle durch Wächter [68] steht die Auffassung der überwiegenden Zahl anerkannter älterer und neuerer Rechtslehrer, darunter auch württembergische Autoritäten, [69] entgegen, und wenn man

---

[68] Im Archiv für civilist. Praxis, Bd. XXIII, S. 52, Note 33.

[69] Cons. Tubing. VIII, cons. 56, Note 89; Lauterbach, coll. Pand., lib. 34, tit. 9, §. 2; Malblanc, princ. jur. rom. §. 757 I, 1.

auch die Mehrdeutigkeit der erwähnten Gesetzesstelle zugibt, so hat man doch um so mehr Grund, derjenigen Auslegung den Vorzug zu geben, welche mit der in der Doktrin allgemein hergebrachten übereinstimmt, als es dem natürlichen Rechtsgefühle widerstreitet, wenn nach der anderen Auslegung Derjenige, welcher den Tod seines Erblassers durch die empörendste Mißhandlung verschuldet hat, gleichwohl unangefochten sich in den Besitz der Verlassenschaft desselben sollte setzen dürfen.

Entscheidung des Obertribunals vom 30. Juni 1866 in der Appellationssache G. c. H.

B. Handelsrecht.

23) Fixgeschäft; Voraussetzungen der Schadensersatzklage statt Erfüllung; Berechnung des Schadens; maßgebender Börsenpreis.

(Zu Art. 355—357 des Handelsgesetzbuches.)

In der Appellationssache K. c. F. wurde von dem Oberhandelsgerichte der schon mehrfach befolgte Grundsatz wiederholt anerkannt, daß die Frage, ob ein zwischen zwei streitenden Parteien abgeschlossener Lieferungsvertrag ein sogenanntes „Fixgeschäft" sei oder nicht, von dem Gerichte unter Berücksichtigung aller dasselbe begleitenden Umstände im einzelnen Falle nach seinem Ermessen zu beurtheilen sei. [70]

Ferner wurde ausgesprochen, daß die erste Voraussetzung des Schadensersatzanspruches wegen Nichterfüllung nach Art. 355 des Handelsgesetzbuches der Verzug, [71]

---

[70] Hahn, Kommentar zum Handelsgesetzbuche, Bd. II, S. 284; Koch, Kommentar zum H.-G.-B., S. 359; Löhr, Centralorgan, Bd. III, S. 92; Busch, Archiv, Bd. IV, S. 148.

[71] Hahn, Kommentar, Bd. II, S. 273.

die zweite Voraussetzung aber die Anzeige sei, daß statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung werde verlangt werden, wobei es auf die Form dieser Anzeige nicht ankomme, wenn nur die Androhung, daß Ersatz wegen Nichterfüllung werde verlangt werden, unzweideutig aus derselben hervorgehe. [72]

Das dritte Erforderniß, die Anberaumung einer Frist zu Nachholung des Versäumten hat nur dann Platz zu greifen, wenn die Natur des Geschäftes es zuläßt, was wiederum einzig zum Ermessen des Gerichtes steht, ebenso wie die Beurtheilung der Frage, ob die gewährte Frist eine den Umständen angemessene gewesen sei, wobei nur das Eine zu bemerken ist, daß diese Frist keineswegs so geräumig sein muß, um die Vertragserfüllung nachholen zu können, auch wenn noch gar kein Anfang damit gemacht worden war.

Was die Größe des in einem solchen Falle zu beanspruchenden Schadensersatzes betrifft, so ist zwar richtig, daß die Streitfrage des gemeinen Rechtes, welcher Zeitpunkt im Falle des Verzuges des Schuldners bei eingetretener Preisveränderung für die Schätzung des zu vergütenden Werthes entscheidend sei, von den württembergischen Gerichten auf Grund der Bestimmung des Landrechtes, Thl. II, Tit. 1, §. 10, dahin entschieden wird, daß der höchste Werth der geschuldeten Sache während der Dauer des Verzuges ersetzt verlangt werden kann. Allein die Entscheidung dieser Frage hängt nach gemeinem wie nach einheimischem Rechte auf's Engste mit dem weiteren Rechtssatze zusammen, daß in der Regel nur auf Vertragserfüllung neben Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung geklagt werden kann, daß dagegen das für den Käufer aus dem Verzuge des Verkäufers entstandene Entschädigungsrecht nur dann zu dem Rechte des Rücktrittes

[72] Hahn, Kommentar, S. 277; Busch, Archiv, Bd. VII, S. 58 ff.

vom Vertrage führt, wenn der Käufer darzuthun vermag, daß er anders als durch Aufhebung des Kaufes nicht schadlos gestellt werde und daß das Geschäft für ihn in Folge des Verzuges völlig nutzlos,[73] oder was im Erfolge auf das Gleiche herauskömmt, daß die Leistung in Folge des Verzuges unmöglich geworden ist.[74] Die Entscheidung der Frage beruht hier darauf, daß der Käufer die gekaufte Sache haben will, und zur Zeit, wo er den größten Nutzen daraus ziehen könnte, durch die Schuld des Verkäufers nicht hat.

Anders verhält sich dieß nach dem Handelsgesetzbuche. Hier ist dem Käufer das Recht eingeräumt, wenn nicht rechtzeitig geleistet wird, ohne Weiteres, in allen Fällen, die Erfüllung abzulehnen und statt derselben Schadensersatz zu verlangen. Die Ausübung dieses Rechtes ist nur von der Voraussetzung abhängig gemacht, daß entweder ein genauer Lieferungstermin bedungen (Art. 357) oder die Vorschrift des Art. 356 befolgt ist. Macht nun der Käufer von diesem Rechte Gebrauch, so erklärt er damit, daß er Erfüllung gar nicht wolle. Daraus folgt aber, daß er auch den Vortheil nicht beanspruchen kann, der ihm durch das Nichthaben der Sache während der Verzugszeit entgeht. Mit Ausübung seines Wahlrechtes verzichtet er hierauf und erklärt sich, so lange er nicht einen weiteren Schaden speziell zu begründen versucht, was ihm stets freisteht, eben durch die getroffene Wahl thatsächlich mit der Preisdifferenz zufrieden, welche zwischen Kaufpreis und Marktpreis zur Zeit der geschuldeten Lieferung besteht, sofern es nur von seinem Willen abhing, eine andere Wahl zu treffen.

In diesem Sinne ist im Hinblick auf den ersten

---

[73] Dieses Archiv, Bd. VI, S. 169.

[74] Glück, Bd. IX, S. 220; Puchta, Pandekten, §. 268, N. f.; Hofacker, princ. jur., §. 1827, Z. 1; Landrecht, Thl. II, Tit. 1, §. 10. Verb. „neben Wiedererstattung"; vergl. auch Madai, Mora, S. 313 ff.

Absatz des Art. 357 des Handelsgesetzbuches und den Wortlaut des dritten Absatzes dieses Artikels die fragliche Gesetzesbestimmung auszulegen und ergibt sich dieß auch aus den darüber gepflogenen Verhandlungen,[75] wenn auch — aus anderweitigen, nicht hieher gehörigen Gründen — die Verallgemeinerung der Vorschrift des Art. 357, Abs. 3, abgelehnt worden ist.[76]

Fällt der für die Schadensberechnung maßgebende Tag zwischen zwei Börsentage, so ist der dem maßgebenden Tage vorangehende Börsentag der für die Schadensersatzberechnung entscheidende, mag der Preis bis zum nächsten Börsentage steigen oder fallen, sofern es an jedem Anhaltspunkte für die Preisbestimmung des in der Mitte liegenden Tages fehlt, da für ein stetiges Steigen oder Fallen von einem Börsentage zum anderen keine Vermuthung vorliegt. Es entspricht auch der allgemeinen kaufmännischen Anschauung, den einmal festgesetzten Börsenpreis so lange als maßgebend zu betrachten, bis derselbe ordnungsmäßig neu regulirt ist.

24) Fixgeschäft; Schadensersatzklage wegen Nichterfüllung.

(Zu Art. 356 und 357 des H.-G.-B.)

Am 17. Oktober 1866 schlossen H. und J. K. in C. mit L. H. in W. zu C. einen Lieferungsvertrag über 1000 Centner Haber, welche L. H. zum Preise von 3 fl. 15 kr. per Centner franco Eisenbahnwagen in R. an H.

---

[75] Vergl. Protokolle, S. 4595—4597; 4602.

[76] Vergl. Kraewell, Handelsgesetzbuch, S. 473; Auerbach, im Archiv für Wechselrecht, Bd. XIII, S. 120,121; Makower, Handelsgesetzbuch, S. 218, N. 44; Koch, Kommentar, Seite 357, N. 46; Wolff in Löhrs Centralorgan, Bd. I, S. 205; vergl. auch Dresdener Konferenz-Protokolle, S. 906 f., S. 4179; Dresdener Entwurf eines gemeinsamen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse, Art. 295.

und J. K. zu liefern habe. Von den zwischen den Kontrahenten ausgetauschten Vertragsurkunden enthält über die Lieferzeit die von H. K. unterzeichnete die Bestimmung: „Wir erwarten den Haber in der Zeit von heute bis 1. Dezember 1866; bei Empfang hier bezahlen wir ꝛc." — Die von H. unterschriebene Urkunde sagt: „Ich liefere in der Zeit von heute bis 1. Dez. 1866; bei Empfang erwarte in Cannstatt das Geld." L. H. hat, einer am 29. November 1866 an ihn ergangenen schriftlichen Mahnung ungeachtet, weder bis zum 1. Dezember 1866, noch nachher den Haber geliefert, weßhalb am 19. desselben Monats H. und J. K. an das Schultheißenamt W. mit dem Antrage sich wandten, es möge dem L. H. eröffnet werden: er habe die Lieferung unverzüglich zu machen, widrigenfalls Klage bei dem Handelsgerichte erhoben werden würde. Demungeachtet erfolgte die Lieferung nicht, und da inzwischen der Haber im Preise erheblich gestiegen war, so erhoben H. und J. K. Anspruch auf Ersatz der Preisdifferenz, indem sie geltend machten, daß der Lieferungsvertrag vom 17. Okt. 1866 ein sog. Fixgeschäft (H.-G.-B. Art. 357) gewesen sei, daß aber auch, wenn man dasselbe als einen solchen Lieferungsvertrag ansehe, wie ihn der Art. 356 im Auge habe, das Abgehen von dem Geschäfte und die Klage auf Schadenersatz ihnen zustehe, nachdem sie durch das Schultheißenamt W. Aufforderung zur baldigen Lieferung unter Klagbedrohung an den Bekl. haben ergehen lassen.

Der Beklagte bestritt, daß der Lieferungsvertrag ein Fixgeschäft gewesen und daß mit der ergangenen Mahnung der Vorschrift des Art. 356 des H.-G.-B. Genüge geschehen sei.

Von dem Oberhandelsgerichte wurde die Klage abgewiesen aus folgenden Gründen:

Von dem Handelsgesetzbuche werden in Beziehung auf die Frage, ob es bei verzögerter Erfüllung von Kaufverträgen dem Mitkontrahenten gestattet sei, von dem Ver-

trage abzugehen oder statt der Erfüllung Schadensersatz anzusprechen, verschiedene Grundsätze aufgestellt, je nachdem verabredet worden ist, daß die Waare genau zu einer festbestimmten Zeit, oder binnen einer festbestimmten Frist geliefert werden solle, (Art. 357) oder eine solche Vertragsbestimmung nicht getroffen wurde. Die Wortfassung des Art. 357 (genau zu einer festbestimmten Zeit ꝛc.), sowie der Gegensatz, in welchem die darin getroffene Bestimmung zu den Grundsätzen sich stellt, die in den vorangehenden Gesetzesartikeln und sonst allgemein im Handelsgesetzbuche über die Folgen des Verzuges bei der Erfüllung von Handelsgeschäften enthalten sind, lassen erkennen, daß die in Art. 357 gegebenen besonders strengen Vorschriften nicht in allen Fällen Anwendung finden, in welchen ein verabredeter Erfüllungstag oder eine Lieferfrist versäumt worden ist, daß vielmehr diese Gesetzesbestimmung Kaufverträge im Auge hat, bei welchen auf die Einhaltung der zur Erfüllung bestimmten Zeit oder Frist ein ganz wesentlicher Werth von den Kontrahenten gelegt worden ist. Entsprechend dieser Gesetzesauslegung gehen auch die bei Berathung des Handelsgesetzbuches abgegebenen Erklärungen dahin, daß die für den Berechtigten günstigeren Bestimmungen des Art. 357 nur bei den Geschäften Platz greifen, bei welchen nach der Intention der Kontrahenten von Anfang an die Einhaltung der vorgeschriebenen Lieferzeit eine wesentliche Vertragsbestimmung bilden, der Verpflichtete also wissen sollte, er könne nach Umfluß derselben auf eine Annahme der verspäteten Lieferung überhaupt nicht mehr rechnen, der Vertrag stehe und falle mit der Zeitbestimmung. [77]

Wenn hienach das sog. Fixgeschäft rechtlich als ein Vertrag anzusehen ist, der unter der Bedingung rechtzeitiger Erfüllung abgeschlossen ist, bei welchem also vertragsmäßig strengere Folgen des Verzuges einzutreten haben als die

[77] Protokolle der Nürnberger Konferenz, S. 678, 1411.

auf die sonst gesetzliche Regel gegründeten, so muß eine dahin gehende besondere Verabredung von dem, welcher darauf sich berufen will, nachgewiesen werden. Dieß kann geschehen aus den Worten der Uebereinkunft, mag nun der in Art. 357 gebrauchte Ausdruck „genau," oder ein gleichbedeutender (z B. fix, prompt, präzis, nicht früher oder später ꝛc.) gewählt oder die sog. kassatorische Klausel beigesetzt worden sein; es kann sich aber auch die Absicht der Kontrahenten aus den beiden Kontrahenten bekannten Umständen ergeben. [78]

Was den der Klage zu Grunde liegenden Vertrag betrifft, so enthält die darüber aufgenommene Urkunde nichts, woraus die Absicht der Kontrahenten zu erkennen wäre, ein Fixgeschäft einzugehen, insbesondere keinen der obenerwähnten Ausdrücke, vielmehr muß in dem von den Klägern gebrauchten Ausdrucke: „wir erwarten den Haber in der Zeit bis 1. Dezbr." eine besonders dehnbare Vorschrift der Lieferzeit gesehen werden. Weiter kann auch der Versuch der Kläger nicht als gelungen angesehen werden, aus der Natur des Vertragsgegenstandes darzuthun, es habe für die Kontrahenten die Einhaltung des Liefertermines so wesentliches Interesse gehabt, daß in einer späteren Lieferung keine Vertragserfüllung mehr hätte gesehen werden können. Daß das Getreide ein Verkehrsobjekt ist, welches nach Umständen nicht unbedeutenden Preisschwankungen unterliegt, ist zwar notorisch; es ist aber nicht behauptet worden, daß der Marktpreis der von dem Beklagten zu liefernden Getreidegattung in der Zwischenzeit zwischen dem Lieferungstage und der Zeit, zu welcher die Kläger erklärt haben, vom Vertrage nun ihrerseits abgehen und Schadensersatz fordern zu wollen, so sehr gesunken sei, daß die verspätete Lieferung für die

[78] Hahn, Komment. zum H.-G.-B., Bd. II, S. 284, §. 6; Endemann, Handelsrecht, §. 109, S. 524; Busch, Archiv für Handelsrecht, Bd. VII, S. 389.

Kläger einen erheblichen Minderwerth gehabt hätte, noch weniger haben die Kläger dargethan, daß sie nicht einen etwa durch den Verzug des Beklagten ihnen erwachsenen Schaden neben der Lieferung des Kaufsobjektes hätten klagend verfolgen können. Im Gegentheile haben die Kläger selbst ihre Auffassung des Vertrages damit kundgegeben, daß sie noch 3 Wochen nach Umfluß der Lieferfrist den Beklagten an die Vertragserfüllung mahnen ließen, also hiemit sich bereit erklärten, auch jetzt noch die Lieferung anzunehmen, ohne ihr Recht des Rücktrittes geltend zu machen. Hienach war der Vertrag vom 17. Okt. 1866 kein Fixgeschäft und kommen demnach den Klägern die Bestimmungen des Art. 357 des H.-G.-B. nicht zu gut.

Der Art. 256 des H.-G.-B. anerkennt an sich den Grundsatz des gemeinen Rechtes, daß aus einem Vertrage zunächst auf Erfüllung zu klagen ist, stellt jedoch dem Berechtigten anheim, beim Verzuge des Verpflichteten vom Vertrage abzugehen oder statt der Erfüllung Schadensersatz zu verlangen. Hiebei schreibt aber das Gesetz vor, daß dies dem säumigen Kontrahenten angezeigt und ihm, wenn die Natur des Geschäftes es zuläßt, noch eine den Umständen angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten gewährt werde. Es kann nicht bezweifelt werden, daß von der Einhaltung dieser Vorschrift die Berechtigung abhängig gemacht werden wollte, auf Schadensersatz statt der Erfüllung des Vertrages Anspruch zu erheben.

Wollte man nun auch in dem Antrage der Kläger an das Schultheißenamt W. vom 19. Dez. 1866, den Beklagten anzuhalten, daß er die Lieferung „unverzüglich" zu machen habe, noch eine Fristverwilligung an den Beklagten finden, so fehlt es doch diesem Antrage an jeder Andeutung darüber, daß die Kläger im Falle längeren Verzuges Schadensersatz statt Lieferung in Anspruch nehmen werden, vielmehr kann die folgende Drohung mit Klage bei dem K. Handelsgerichte nicht anders aufgefaßt werden,

als dahin, daß die Kläger den Anspruch, welchen sie bei der Ortsbehörde angemeldet hatten, bei längerer Nichterfüllung vor Gericht verfolgen werden. Daß eine weitere Mittheilung an den Beklagten ergangen, daß ihm namentlich eröffnet worden sei, es werde bei längerem Verzuge statt der Lieferung auf Schadenersatz Klage erhoben werden, ist von den Klägern nicht behauptet worden; es fehlt demnach an der Erfüllung der Bedingung, von welcher der Art. 356 die Verfolgung der von den Klägern gewählten Klage abhängig macht.

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 12. Dezbr. 1867 in Sachen H. und J. K. c. L. H.

25) Borgfrist für eine Handelsschuld, bis der Schuldner nach seiner eigenen moralischen Ueberzeugung in der Lage sein werde, bezahlen zu können.

Der im August 1867 zu U. gestorbene Kaufmann Simon Viktor St. hat bis zum Jahr 1856 in L. ein Landesproduktengeschäft betrieben, bis er im letztgenannten Jahre durch den Fall zweier Häuser, mit denen er in Geschäftsverbindung stund, selbst in den Zustand der Ueberschuldung gerieth. Es kam aber nicht zum Gante; St. arrangirte sich vielmehr außergerichtlich mit den Gläubigern, deren Forderungen aus dem Verkehre mit den gedachten Häusern herrührten, siedelte nach U. über und setzte dort sein Geschäft wie bisher fort. Unter den Gläubigern, mit denen sich St. damals arrangirte, befand sich M. Pf. mit einer Wechselforderung von 9000 fl. Die mit demselben am 22. Mai 1856 getroffene Abrede ging dahin, daß demselben binnen 4 Wochen 1000 fl. baar bezahlt werden sollten und ihm seiner Zeit zu ersetzen sei, was er aus den Massen der beiden Handlungshäuser weniger als 6500 fl. bekommen würde. In §. 3 des Vertrages heißt es dann weiter: „Für die restlichen 1500 fl. ertheilt Pf.

dem S. V. St. in so lange Borgfrist, bis dieser nach seiner eigenen moralischen Ueberzeugung wieder in solche bessere Vermögensumstände gekommen sein wird, welche es ihm möglich lassen, auch die 1500 fl. bezahlen zu können." Im Laufe des Jahres 1866 forderte Kläger wiederholt Bezahlung der 1500 fl., die St. mit der Behauptung, daß er solche nicht schuldig sei, zurückwies. Nachdem aber St. im Laufe des Jahres 1867 gestorben war, erhob Kläger im März 1868 gegen die Firma S. V. St. Klage auf Bezahlung der 1500 fl., darauf gestützt, daß St. ein Vermögen von mindestens 10—15,000 fl. hinterlassen habe, mithin ganz gut in der Lage gewesen sei, die restlichen 1500 fl. zu bezahlen. Diese Klage wurde abgewiesen und es besagen die Entscheidungsgründe des Oberhandelsgerichtes:

Die Frage, ob eine zu machende Leistung rein der Willkühr des Verpflichteten anheimgegeben und damit wirkungslos ist, wenn der Verpflichtete stirbt, ohne sich für die Leistung entschieden zu haben, oder ob die Leistung und vorzugsweise die Leistungszeit nur zunächst dem Ermessen des Schuldners überlassen sein, d. h. von einer von demselben zu treffenden, den vorhandenen Umständen und Verhältnissen angemessenen Entscheidung abhängen soll, wo dann im Streitfalle das richterliche Ermessen einzutreten hat, ist nach den Verhältnissen des einzelnen Falles, nach den gebrauchten Worten und nach der muthmaßlichen Absicht der Parteien zu entscheiden. Im Allgemeinen spricht die Vermuthung gegen die Annahme der bloßen Willkühr und auch der gebrauchte Ausdruck „moralische Ueberzeugung" schließt die Annahme einer rechtlich erzwingbaren Verbindlichkeit nicht aus, weil gerade im Handelsverkehr, der auf Treu und Glauben gegründet ist, nach der üblichen Ausdrucksweise die rechtliche Verpflichtung und die blos sittliche Pflicht, seinen Verbindlichkeiten gerecht zu werden, zusammenfällt. Erwägt man nun, daß die in dem Vertrage von 1856 gebrauchten

Worte die restliche Schuld von 1500 fl. als eine nach wie vor bestehende behandeln, daß sich für den Theil der Befugnisse des Gläubigers, auf die er verzichtet, des Ausdruckes „Borgfrist" bedient wird, und daß nur der Zeitpunkt, nicht die Existenz der Zahlungsverbindlichkeit in das Ermessen des Schuldners gesetzt wird, so kann man nicht im Zweifel sein, daß es sich hier um eine gerichtlich erzwingbare Verpflichtung handelt, sobald nach dem Ermessen des Gerichtes der von den Parteien in Aussicht genommene Zeitpunkt der Leistung gekommen ist.

Den Eintritt dieses Zeitpunktes hat der Kläger zu beweisen. [79] Diesen Beweis tritt derselbe mit der Behauptung an, daß Simon Viktor St. zur Zeit seines Todes an Geld, Fahrniß, Waaren und Aktivausständen 10—15,000 fl. besessen habe. Es kann unerörtert bleiben, ob die für diese Behauptung benannten Beweismittel im vorliegenden Falle zulässig sind oder nicht, da selbst das Vorhandensein eines reinen Vermögens von 15,000 fl. nicht als genügend bezeichnet werden kann, um die Zahlungszeit im Sinne der Abmachung vom 22. Mai 1856 als gekommen zu betrachten.

Wenn der Kläger damals, anstatt einen Konkurs des bekl. Rechtsvorfahrers herbeizuführen, sich mit demselben dahin abfand, daß eine Forderung von 9000 fl. bis auf 1500 fl. theils sofort, theils, sobald gewiß sei, daß nicht anderswoher Deckung komme, bezahlt werden solle, so ist klar, daß die Absicht der Vertragenden dahin ging, daß das Geschäft des Schuldners solle fortgeführt werden können und daß die 1500 fl., beziehungsweise deren ungedeckt bleibender Rest nachbezahlt werden solle, nicht, wenn der Schuldner überhaupt in die Lage gekommen sein werde, diese Summe aufzubringen, sondern, wenn seine ökonomischen Verhältnisse sich so gestaltet haben würden, daß er „ohne Gene" den restlichen Betrag entbehren könne.

---

[79] Busch, Archiv, Bd. XI, S. 106.

Faßt man nun aber den Geschäftsbetrieb des Verstorbenen in's Auge, der seiner Natur nach einen nicht zu unbedeutenden Fonds voraussetzt, und berücksichtigt man dabei dessen gesellschaftliche Stellung und dessen Familienstand, so kann man nicht sagen, daß die Rechtsnachfolger des verstorbenen Schuldners angehalten werden können, von dem ihnen angeblich zugekommenen Vermögen von 15,000 fl., das nach des Klägers Aufstellung nicht einmal als reines Betriebskapital erscheint, sondern auch die zum Leben und Geschäft nöthige Fahrniß in sich begreifen soll, Etwas abzugeben, soferne sich nicht sagen läßt, daß die Verminderung eines solchen Vermögensstandes nicht empfindlich für sie wäre, unter Umständen sogar sie erheblich belästigen könnte.

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 5. Januar 1869 in Sachen M. Pf. in M. c. Simon Viktor St. in U.

C. Wechselrecht.

26) Bezeichnung der Verfallzeit eines Wechsels.

In einem in Ulm am 31. Januar 1864 ausgestellten Wechsel war die Verfallzeit dahin bezeichnet: „Anfangs nächste hiesige Veitsmesse." Diese Bezeichnung wurde als zureichend bestimmt erachtet und es besagen hierüber die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe:

Mit den Worten „nächste hiesige Veitsmesse" ist ein hinlänglich bestimmter Zeitabschnitt bezeichnet, indem der Kalender über die Zeit des Vitustages und der an diesen Tag sich anschließenden Ulmer Veitsmesse Auskunft gibt, und andere ähnliche Zeitbezeichnungen nach einer Messe oder einem Markte, wie der Art. 4, Ziff. 4, und Art. 96, Ziff. 4, der deutschen Wechselordnung sie im Auge haben und als genügend anerkennen, nicht bestimmter sind und

häufig einer ähnlichen Nachhilfe durch den Kalender nicht weniger bedürfen.

Anlangend sodann den anderen Theil der in Frage stehenden Zeitbezeichnung, das Wort „Anfangs," ist in der Novelle vom 18. Mai 1864 zu der deutschen Wechselordnung ausgesprochen, daß unter den Ausdrücken „zu Anfang" oder „Ende eines Monats" der erste oder letzte Tag des betreffenden Monats zu verstehen sei. Gleichwie die zuvor bestandene Streitfrage sich lediglich nur auf die einer verschiedenen Deutung ausgesetzten Worte „Anfang" oder „Ende" bezog, so fällt auch die soeben erwähnte, den Art. 30 der deutschen Wechselordnung ergänzende Entscheidung der Novelle unzweifelhaft blos auf dieselben Worte, nicht auf den wegen seines gewöhnlichen Vorkommens offenbar nur beispielsweise gewählten und angewendeten Zeitabschnitt eines Monats und ist kein Grund abzusehen, warum sie in gleicher Weise nicht von jedem anderen, an sich bestimmten Zeitabschnitte gelten, sondern auf die Monate beschränkt sein soll.

Hienach ist in dem in Frage stehenden Wechsel der erste Tag der Ulmer Veitsmesse, d. h., wie aus dem Kalender zu entnehmen war, der 13. Juni 1864, also ein bestimmter Tag, als Zahlungstag festgesetzt, und da, wie aus den Art. 18 und 35 der deutschen Wechselordnung abzuleiten ist, Wechsel mit einer auf eine gewisse Messe und zugleich auf einen bestimmten Monatstag in dieser Messe lautenden Zahlungszeit nicht als Meß-, sondern als Tagwechsel zu betrachten sind, so ist die Folge hievon, daß der hier in Frage stehende, am 31. Januar 1864 ausgestellte eigene Wechsel zwar nicht als Meß-, aber als Tagwechsel giltig erscheint.

Entscheidung des Obertribunals vom 30. Januar 1866 in der Appellationssache M. c. H.

D. Prozeß.

27) Die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache bei obligatorischen Ansprüchen.

Auf Grund einer so betitelten Kaufvertragsurkunde war Klage auf Zurückbezahlung eines Darlehensrestes erhoben worden, indem behauptet wurde, daß der Vertrag, worüber die Urkunde aufgenommen worden, in Wirklichkeit ein Darlehensvertrag sei. Diese Klage wurde jedoch durch Urtheil vom 27. Sept. 1869 abgewiesen, weil der Vertrag kein Darlehensvertrag, sondern ein Kaufvertrag sei, und somit aus diesem Vertrage nicht auf Zurückbezahlung eines Darlehensrestes geklagt werden könne. Die Entscheidung wurde rechtskräftig. Nun erhob der frühere Kläger gegen denselben Beklagten eine neue Klage auf Grund desselben Vertrages, indem er sich dessen Auffassung als Kaufvertrag aneignete und denselben Anspruch aus dem Kaufvertrage begründete. Der Bekl. wandte die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache ein; die Einwendung wurde aber verworfen und die Entscheidungsgründe des Obertribunals besagen hierüber:

Die erste durch das Urtheil vom 27. Sept. 1869 abgewiesene Klage wurde auf die Behauptung eines Darlehensvertrages gegründet und die Abweisung der Klage erfolgte, weil angenommen wurde, daß kein Darlehensvertrag vorliege. In dem jetzt vorliegenden Rechtsstreit ist aber der erhobene Anspruch auf die Behauptung eines Kaufvertrages gegründet und somit für denselben ein anderer Erwerbsgrund als in dem früheren Rechtsstreite geltend gemacht worden. Bei obligatorischen Ansprüchen wird aber durch Aenderung des Erwerbsgrundes die Einrede der abgeurtheilten Sache ausgeschlossen. Denn die obligatio ist je nach Verschiedenheit ihrer Entstehungsgründe eine ganz verschiedene, und wenn daher ein auf Grund eines

Darlehens geltend gemachter Anspruch rechtskräftig abgewiesen worden ist, so ist damit nur ausgesprochen, daß der Anspruch aus dem Darlehen nicht begründet sei, nicht aber, daß derselbe auch auf Grund eines Kaufvertrages nicht geltend gemacht werden könne. Wird daher ein abgewiesener obligatorischer Anspruch in einem zweiten Rechtsstreite aus einem anderen Grunde eingeklagt, so kann dieser Klage die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache nicht entgegengehalten werden. — l. 14, §. 2, D. de exc. rei jud. (44, 2); l. 18, D. de obl. et act. (44, 7); l. 93, §. 1, D. de leg. III. (32.) — [80] Hieran ändert es Nichts, wenn auch der Inhalt des Anspruches derselbe ist, sofern durch die Abweisung eines bestimmten obligatorischen Anspruches nicht entschieden ist, daß überhaupt kein obligatorischer Anspruch des fraglichen Inhalts, sondern nur, daß ein Anspruch dieses Inhalts aus dem geltend gemachten Grunde nicht bestehe, wie denn auch im vorliegenden Falle die erste Klage durch das Urtheil vom 27. Sept. 1869, wie schon bemerkt, nicht wegen Nichtexistenz des Anspruches überhaupt, sondern nur darum abgewiesen worden ist, weil der eingeklagte Anspruch aus dem Grunde eines Darlehens geltend gemacht worden war, die Existenz eines Darlehensvertrages aber von dem Richter verneint wurde.

Entscheidung des Obertribunals vom 29. Sept. 1870 in der Nichtigkeitsklagsache Wittmer c. Weinmann.

---

[80] Vangerow, Pand., 7. Aufl., Bd. I, §. 173, Anm., Ziff. V, 4, S. 284; Windscheid, Pand., Bd. I, §. 130, Ziff. 2, Note 4, S. 321; Seuffert, Archiv, Bd. V, Nro. 237; Puchta, Pand., 9. Aufl., §. 99, Note m; Savigny, System, Bd. VI, S. 514.

I.

Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

Ueber Adminiſtrativjuſtiz nach Württembergiſchem Rechte.

Von Staatsrath Dr. Sarwey.

Die Aufgabe, welche ſich der Verfaſſer dieſer Erörterung geſtellt hat, iſt gegenüber der umfaſſenden Literatur über Adminiſtrativjuſtiz [1] eine engbegrenzte. Sie beſchränkt

[1] C. F. Hommel, de differentia causarum politiae et justitiae (Leipzig 1770); P. C. W. ab Hohenthal de ambitu politiae ejusque a justitia discrimine (Leipzig 1774, 1776); J. Fr. O. C. de Neurath, observ. de cognitione et potestate judiciaria in causis, quae politiae nomine veniunt (Erlangen 1780); Fl. Gavard, welches ſind Juſtizſachen (Nürnberg 1795); Gönner, über die Frage, ob Zunft und Gewerbsſachen eine Juſtizſache ſeien (1803); Lips, Verſuch, die Grenzen zwiſchen Juſtiz- und Polizeiſachen abzuſtecken (München 1812); Ruthard, über die Verwaltung der Juſtiz durch adminiſtrative Behörden (Würzburg 1817); über das Forum der adminiſtrativ-contentiöſen Sachen (Ulm 1822); Barth, über die Nothwendigkeit und Art der Trennung der Juſtiz von der Adminiſtration und Polizei in Staaten mit Verfaſſung (1823); Jv. Toers de conflictu inter potestatem et administratoriam et judiciariam (1826); Bavoux des conflicts (Paris 1828); die Verwaltungsjuſtiz nach franzöſiſchen Grundſätzen, ein Beitrag zu der Lehre von den Grenzen der Juſtiz und der Verwaltung (1828); C. J. Pfizer, über die Grenzen zwiſchen Verwaltungs- und Civiljuſtiz (1828); deſſ. Verf. Prüfung der neueſten Einwendungen

sich darauf, durch eine Beleuchtung der Verwaltungsrechtspflege in ihren gesetzlichen Grundlagen und ihrer thatsächlichen Entwickelung in Württemberg mit Ausschluß der

---

(1833); v. Weiler, über die Grenzen zwischen Verwaltung und Justiz und über die Grenzlinien von beiden (1830); v. Minnigerode, Beitrag zur Beantwortung der Frage: was ist Administrativ- und Justizsache? (1835); Abhandlung über den Gerichtsstand und den Instanzenzug in Civilsachen und über die Administrativjustiz nach der neuesten k. sächsischen Gesetzgebung (1836); G. L. Funke, die Verwaltung in ihrem Verhältniß zur Justiz, die Grenzlinien zwischen beiden (1838); O. Kuhn, das Wesen der deutschen Administrativjustiz nebst einer Analyse verschiedener deutscher Administrativentscheidungen (1843); Pöhlmann, über das Wesen der sog. administrativ-contentiösen Sachen mit bes. Rücksicht auf Bayern (1853); Brater, zur Lehre von den Grenzen der civilrichterlichen und administrativen Zuständigkeit (1855); F. F. Mayer, Grundzüge des Verwaltungsrechtes und Rechtsverfahrens (1857); dess. Verf. Grundsätze des Verwaltungsrechtes (1862); Reutter, die Grenzen der streitigen Civilgerichtsbarkeit der preuß. Gerichte (1854); Sydow, die Zulässigkeit des Rechtsweges und die Kompetenzkonflikte (1860); Oppenhof, die preuß. Gesetze über die Ressortverhältnisse zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden; Koßmar, die Erkenntnisse zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte (1856 1857); Weizel, das badische Gesetz vom 5. Okt. 1863 über die Organisation der inneren Verwaltung (1864), S. 96—132, 170—183, 195—202. Aus den zahlreichen Erörterungen der Verwaltungsrechtspflege in größeren Werken sind besonders hervorzuheben: v. Rönne, das Staatsrecht der preußischen Monarchie, Bd. II, S. 236—265; Gneist, das heutige englische Verfassungs- und Verwaltungsrecht, Bd. II, S. 887 u. f.; über die Literatur in Zeitschriften s. v. Rönne a. a. O., Note 1; derselben ist noch anzufügen: Kanzler (jetzt Kultminister) v. Geßler in der Tübinger Zeitschrift für Staatsw., Bd. XVIII von 1862, S. 719 u. f.; Mayer eod., Bd. XII von 1856, S. 284 und 461; Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. II, S. 1 u. f.; kritische Vierteljahrsschrift, Bd. IV, S. 52; schließlich ist auf die zahlreichen Mittheilungen in den bekannten Präjudizienſammlungen zu verweisen, für Württemberg speziell auf Sarwey, Monatschr., Bd. I, S. 71, 453, 489, 499, 500, Bd. III, S. 177, 320, 430, Bd. IV, S. 193, Bd. V, S. 157, Bd. VI, S. 261, 377, 326, Bd. X, S. 193, Bd. XIV, S. 120, 124, 127, Bd. XVII, S. 189 und beinahe auf jeden Band dieses Archives.

Strafjustiz einen Beitrag zur Lösung der an die Gesetzgebung zu stellenden Forderungen zu geben, wobei einzelne Vergleichungen mit den Verhältnissen anderer Staaten sich von selbst ergeben. Diese Beschränkung auf den Rechtszustand in Württemberg findet ihre Rechtfertigung in der Erwägung, daß eine unmittelbar aus dem Leben und seinen Bedürfnissen erwachsene Einrichtung von den konkreten Verhältnissen sich nicht trennen läßt. Gleichwohl wird einer solchen zunächst partikularrechtlichen Untersuchung ein über diese Grenze hinausgehendes Interesse vielleicht von Denjenigen nicht ganz versagt werden, welche sich nicht zum Voraus von süddeutschen Rechtszuständen als überwundenen Standpunkten abwenden.

Die gewöhnliche, wenn auch im Einzelnen vielfach modifizirte Ansicht über das Wesen der Administrativjustiz geht von der Unterscheidung des Rechtes in Privatrecht und öffentliches Recht aus. Die verschiedenen Versuche einer Abgrenzung der Administrativjustiz nach anderen Gesichtspunkten bedürfen an diesem Orte keiner eingehenden Besprechung. Sie lösen entweder den Begriff der Administrativjustiz auf, indem sie ihre Grundlage in dem Gegensatz von Recht und Gesetz gegen Verwaltung und Ermessen, in der Unterscheidung von Rechtsprechung und Wahrung der Interessen, von Gerichts- und Verwaltungsbehörden suchen oder schließlich wieder auf eine Grenzbestimmung nach dem Kreise des Rechtsstoffes zurückkommen, welche der gewöhnlichen Abgrenzung von Privat- und öffentlichem Recht mit einigen Modifikationen im Einzelnen gleich steht. So verwirft v. Geßler [2] die Abgrenzung nach dem objektiven Rechtsstoffe; die Ableitung von Befugnissen aus dem öffentlichen Rechte für sich allein rechtfertige noch keinen Ausschluß des Civilrechtsweges. Allein alle diejenigen Fälle, welche er der Verwaltungsjustiz zuweist, gehören dahin auch nach jener Ansicht, welche von der Unter-

[2] Tübinger Zeitschrift, a. a. O, S. 752.

scheidung von öffentlichem- und Privatrechte ausgeht und mehr und mehr die allgemein recipirte [3] wird, wie sie auch allein vor Verwirrung schützt. Zufolge dieser Ansicht ist die Thätigkeit der Gerichte [4] auf das Gebiet des Privatrechtes, d. h. auf das Gebiet derjenigen Rechtsverhältnisse beschränkt, in welchen der Einzelne anderen Einzelnen gegenüber steht, und deren Kriterium ist, daß sie ohne die Beziehung des Einzelnen zum Staat oder zu der Gesammtheit denkbar sind. Diejenigen Rechte dagegen, welche sich auf das Verhältniß der Staatsangehörigen zum Staate gründen und deren Summe den Stoff des öffentlichen Rechtes bilden, sind zufolge dieser Ansicht der Rechtsprechung der Gerichte entzogen, weil die Staatsgewalt keinem Dritten unterworfen werden könne. Mit dieser Begründung wurde bekanntlich schon im Jahre 1817 die in Frankreich auf dem Gesetz vom 11. September 1790 beruhende Administrativ-Justiz (contentieux administratif) von dem französischen Justizminister vertheidigt. Transmettre aux tribunaux le contentieux administratif, ce serait ôter au Roi une de ses plus belles prérogatives, rendre l'administration incertaine et dependante de corps, qui ont et qui doivent avoir un tout autre esprit. [5] Die Forderung der Trennung des Richtens vom Verwalten, ist in einer neueren Untersuchung [6] bemerkt, könne nicht durchgängig erfüllt werden, weil die Staatsgewalt, wenn sie nicht statt des Herrn der Diener werden solle, einen Höheren als Richter über sich nicht vertrage,

[3] Vergl. Weizel, a. a. O., S. 96—98, Motive zu den bayer. Gesetzentw., Verh. der Kammer der Abg. v. 1866/68, Beil.-Bd. III, S. 76; Brater, a. a. O., S. 5, S. 17 u. f.

[4] Wegen des nicht selten in verschiedenem Sinn genommenen Ausdruckes „Gericht" s. Note 16.

[5] Moniteur von 1817, Nr. 41.

[6] v. Geßler, a. a. O., S. 749; Weizel, a. a. O., S. 98; vergl. auch Pözl, bayerisches Verfassungsrecht, S. 379—380, insbesondere Note 5; v. Rönne, preußisches Staatsrecht, Bd. II, §. 56; v. Malchus, Politik der inneren Staatsverwaltung, Bd. I, S. 87 u. f.

weil deßhalb, so weit sie als solche in Betracht komme, von ihr eine Unterwerfung ohne Aufgeben ihres Lebensprinzips nicht verlangt werden könne. Der Hauptgrund, welcher für diese Theorie angeführt wird, sagt Weizel (a. a. O.), liegt darin, daß die Staatsgewalt in der Hand des Staatsoberhauptes vereinigt, im Staate keinem Dritten unterworfen werden könne, was der Fall wäre, wenn die Gerichte über das bezeichnete Gebiet des öffentlichen Rechtes zu entscheiden hätten. Mit der Macht über die Regierungsrechte zu entscheiden, wäre die Regierung selbst übertragen. (Dahlmann).

Stellt man dieser Begründung der Administrativ-Justiz die gesetzlichen Einrichtungen in Württemberg und Baden gegenüber, wie sie früher auch in Bayern bestanden und neuerdings wieder angestrebt werden,[7] so kann man nur zu der Alternative gelangen, daß entweder in diesen Staaten die Staatsgewalt ihr Lebensprinzip aufgegeben hat oder daß diese Sätze nicht richtig sind.

Nach §. 60, Ziff. 1 der Württembergischen Verfassungsurkunde wirkt der K. Geheimerath als entscheidende und verfügende Behörde bei Rekursen von Verfügungen der Departementsminister, wobei jedesmal die Vorstände des Obertribunals zuzuziehen sind.

Ueber diese Bestimmung hat sich R. v. Mohl[8] schon vor mehr als 30 Jahren dahin geäußert, daß, wenn dieselbe die Rekurs-Kompetenz des Geheimenrathes, wie bei der Unbestimmtheit der Worte möglich sei und die Kammer der Standesherren bestimmt annehme, auch auf bloße Verwaltungs-Verfügungen der Minister ausgedehnt haben sollte und wenn die dankenswerthe Selbstbeschränkung des Geheimenrathes auf Fälle, in welchen der Private aus

---

[7] Motive zu dem bayerischen Gesetzentw., die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes betr.; Verh. d. bayer. Kammer der Abg. von 1866/68, Beil.-Bd. III, S. 76.

[8] Rotteck, Staatslexikon, Bd. VI, S. 356, Art. Württ. Geheimerrath (1838).

Rechtsgründen streite, weggeräumt würde, großes Unheil unvermeidlich wäre. Der Geheimerath hat an dieser von Mohl bezeugten Auslegung festgehalten und jene Verfassungsbestimmung niemals dahin aufgefaßt, daß ihm hiedurch die Stellung einer obersten, über den Ministerien stehenden Behörde in reinen Verwaltungssachen eingeräumt sei.

Der §. 36 der Verfassungsurkunde, nach welchem Jeder das Recht hat, über gesetz- und ordnungswidriges Verfahren einer Staatsbehörde oder Verzögerung einer Entscheidung bei der unmittelbar vorgesetzten Stelle schriftliche Beschwerde zu erheben und bis zur höchsten Behörde zu verfolgen, gewährt kein Beschwerderecht an den Geheimenrath, welcher keine vorgesetzte Behörde im Sinne des §. 36 ist. Das auf dieser Gesetzesbestimmung beruhende Beschwerderecht hört, abgesehen von der Beschwerde bei der Ständeversammlung, bei den Ministerien auf. Der §. 60, Ziff. 1 der Verfassungsurkunde ist nicht die Ausführung des §. 36, bildet vielmehr einen Gegensatz zu demselben.

Der allgemeine Grundsatz, welchen diese Verfassungsbestimmung nach der von dem Geheimenrath festgehaltenen und durch einzelne Verordnungen bestätigten Praxis [9] ausspricht, läßt sich dahin formuliren, daß der Geheimerath, sofern nicht durch Spezialgesetze das Recht der Beschwerdeführung bei ihm ausgeschlossen ist, jede Beschwerde materiell prüft und materiell über sie entscheidet, in welcher der Beschwerdeführer *behauptet*, daß er durch die Verfügung eines Ministeriums in einem *ihm zustehenden*

[9] Vergl. die Bekanntmachung des Geheimenrathes vom 13. Mai 1837, Reg.-Bl. S. 264, („der dadurch — in einem öffentlichen Recht *verletzt* zu sein *glaubt*") Verfügung des Ministeriums des Innern vom 9. Sept. 1854, §. 8, (Reg.-Bl. S. 90) („welche ihre Einsprache auf die *behauptete* Verletzung eines ihnen zustehenden Rechtsanspruches stützen") und die folgenden Mittheilungen, namentlich Ziff. 1—5, 10.

Rechte verletzt sei, und in welcher ein Urtheil hierüber nach den Normen des öffentlichen Rechtes verlangt wird. Zur näheren Erläuterung dieses allgemeinen Grundsatzes ist Folgendes im Einzelnen zu bemerken:

I. Von demselben finden zwei Ausnahmen statt:

1) bei einem unter das Gesetz vom 13. Nov. 1855, betreffend die Rechtsmittel in Verwaltungs-Rechtsstreitigkeiten, fallenden Parteienstreit, wenn die erforderliche Rekurssumme (Art. 6 des Gesetzes) nicht vorhanden ist;

2) außerdem, wenn durch ein Spezialgesetz die Erhebung einer Beschwerde bei dem Geheimen Rath durch Zuweisung der endgiltigen Entscheidung an eine andere Behörde ausdrücklich ausgeschlossen ist. (Art. 12 und 14 des Gesetzes vom 5. Mai 1849, betreffend einige Abänderungen und Ergänzungen der Gemeindeordnung. Art. 44 des Gesetzes vom 12. März 1868 über die Verpflichtung zum Kriegsdienste).

II. In Anwendung des allgemeinen Grundsatzes wird außer den eben angeführten Fällen ohne jede materielle Prüfung eine Beschwerde zurückgewiesen:

1) welche wegen einer angeblichen, unzweifelhaft nach den Normen des Privatrechtes zu beurtheilenden Rechtsverletzung, insbesondere gegen Entscheidungen oder Verfügungen der bürgerlichen Gerichte, die innerhalb des Kreises ihrer Zuständigkeit ergangen sind, erhoben wird;

2) wenn der Beschwerdeführer nicht in einem Rechte, sondern in einem Interesse verletzt zu sein behauptet;

3) wenn aus der Beschwerde nicht hervorgeht, daß dieselbe gegen die Verfügung eines Ministeriums gerichtet ist, sofern nicht ausnahmsweise vermöge eines Spezialgesetzes der Rechtszug von einer Mittelstelle mit Uebergehung der Ministerialinstanz unmittelbar an den K. Geheimen-Rath geht; (Art. 24 des Gesetzes vom 26. März 1862 über Feldweg-, Trepp- und Ueberfahrts-Rechte; Art. 44

des Gesetzes vom 12. März 1868 über die Verpflichtung zum Kriegsdienste);

4) wenn das Ergangensein einer Ministerial-Verfügung irrthümlich behauptet oder

5) wenn eine solche zwar ergangen ist, jedoch keine materielle Folge für den Beschwerdeführer hat, weil sie den Civilrechts- oder den Administrativ-Justizweg offen läßt, oder weil sie nur einen rein formellen Inhalt hat, wie z. B. eine von Aufsichtswegen ergangene Aufforderung einer untergeordneten Behörde zur Thätigkeit.

III. In denjenigen Fällen, in welchen hiernach die Beschwerde materiell geprüft wird, sind wiederum zwei Fragen von einander zu trennen:

1) ob das Recht, in welchem der Beschwerdeführer verletzt zu sein behauptet, in dem öffentlichen Rechte anerkannt ist, d. h. ob der angefochtenen Ministerialentscheidung oder Verfügung ein subjektives Recht gegenübersteht, welches durch dieselbe verletzt sein kann;

2) ob die angefochtene Verfügung, mag sie eine Administrativ-Justiz-Entscheidung im Sinne des schon erwähnten Gesetzes von 1855 sein oder nicht, in den öffentlichen Rechtsnormen begründet ist, d. h. ob sie dem Beschwerdeführer nicht eine in dem öffentlichen Rechte nicht begründete Verpflichtung auferlegt, oder ob sie ihn nicht im Widerspruch mit demselben in der Ausübung seiner persönlichen oder Vermögensrechte beschränkt.

Möglicherweise kann der Fall so gestaltet sein, daß die erste und die zweite Frage sich scheinbar nicht trennen läßt. Sehr häufig, namentlich in allen Fällen, in welchen aus öffentlich-rechtlichen Gründen Leistungen von vermögensrechtlichem Werthe dem Einzelnen auferlegt sind, oder in welchen unter zwei gleichberechtigten Parteien über einen öffentlich-rechtlichen Anspruch ein Streit vorliegt, wird die erste Frage überhaupt nicht zu erörtern sein, weil ihre Bejahung sich von selbst versteht. Nicht selten liegt

aber bekanntlich auch gerade der entscheidende Punkt in ihrer Bejahung oder Verneinung, d. h. in der Grenzbestimmung zwischen der Civil- und Administrativ-Justiz einer- und zwischen der Verwaltungs-Justiz und der Verwaltung andererseits.

Diese sämmtlichen verschiedenen Fälle (II. und III.) können durch Beispiele aus Baustreitigkeiten erläutert werden.

Wenn sich der Eigenthümer wegen Verweigerung einer nachgesuchten polizeilichen Bau-Erlaubniß beschwert, so behauptet er, in einem ihm zustehenden Rechte, der Verfügung über sein Eigenthum verletzt zu sein. Nun wäre eine Auffassung des Verhältnisses des Eigenthümers zu der Baupolizeibehörde denkbar, nach welcher in dem Eigenthum eines Platzes nicht das Recht zu bauen an sich enthalten wäre, sondern das Recht hiezu erst durch die Ertheilung der polizeilichen Erlaubniß erworben würde. In diesem Falle würde jede Beschwerde eines Eigenthümers wegen nicht erlaubter Bau-Erlaubniß von dem Geheimenrathe ohne weitere Prüfung abzuweisen sein, weil die erste Frage zu verneinen wäre, d. h. diese Beschwerden wären nur ein Gegenstand der Verfügung der Baupolizeibehörden, kein Gegenstand der Verwaltungs-Rechtspflege. Allein das Gesetz erkennt ein Recht des Eigenthümers auf Ertheilung der polizeilichen Bau-Erlaubniß an, sofern der Bau den gesetzlichen Vorschriften gemäß ausgeführt wird. Von diesem Standpunkte aus prüft der Geheimerath Beschwerden wegen verweigerter baupolizeilicher Erlaubniß in der Richtung, ob diese Polizei-Verfügung in den Gesetzen und in den von dem Gesetz und der Praxis den ersteren gleichgestellten lokalen Bauvorschriften (Orts-Baustatuten) begründet ist.

Hier fällt die erste und zweite Frage insofern scheinbar zusammen, als ein Recht zu bauen durch die Beobachtung der baupolizeilichen Vorschriften bedingt ist. Wenn nun aber der Beschwerdeführer zwar zugeben muß, daß seinem

Bauvorhaben eine baupolizeiliche Vorschrift entgegensteht, jedoch behauptet, daß ihm aus besonderen Gründen Dispensation von der Regel durch die Bau-Polizeibehörde ertheilt werden könne, und daß er durch die Verweigerung derselben beschwert sei, so läßt sich der Geheimerath in eine Prüfung darüber, ob vom baupolizeilichen Standpunkte aus Dispensation hätte ertheilt werden können, nicht ein; vielmehr wird die Beschwerde auf Grund der Verneinung der ersten Frage abgewiesen, weil der Beschwerdeführer durch Verweigerung der Dispensation als in einem Rechte verletzt nicht erachtet werden kann. Wenn ferner die Baupolizei-Erlaubniß zwar ertheilt, jedoch hiebei die Auflage einer besonderen mit einem Mehraufwand verbundenen Einrichtung gemacht wird, so ist die Beschwerde gegen diese Auflage ebenso wie die Verweigerung der Bauerlaubniß zu beurtheilen. Wenn endlich wegen Inhibition des Baues durch den Civilrichter Beschwerde bei dem K. Geheimen Rathe erhoben würde, oder wenn eine Decisiv-Verfügung des Ministeriums noch nicht vorliegt, wird die Beschwerde ohne jede Prüfung zurückgewiesen. [10] (II. 1—3—5).

In der Institution des Geheimenrathes besteht hiernach in Württemberg seit dem Jahre 1819 eine Behörde, welche auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes über die Rechte der Einzelnen, zu welchen wir auch die Korporationen in ihrem Verhältniß zur Staatsgewalt zählen, zu entscheiden hat, ohne selbst Verwaltungsbefugnisse zu haben.

---

[10] Die folgenden Mittheilungen einzelner Rechtsfälle und Entscheidungen sind zum Theil zur weiteren Erläuterung und Feststellung der in der Praxis des K. Geheimenrathes über Anwendung und Auslegung des §. 60, Ziff. 1 der Verfassungsurkunde, deren gedrängte Zusammenstellung in Vorstehendem versucht wurde, ausgewählt. Besonders wichtig sind diejenigen Beschlüsse, in welchen die Frage III, Ziff. 1, als zweifelhaft erörtert und zur Entscheidung gebracht wurde, da eben hierin die Feststellung der vielfach unsicheren Grenze zwischen Verwaltungs-Justiz und Verwaltung liegt.

Diese Entscheidungen sind in thesi unabhängig von der Verwaltung, wenn auch durch die von der Verfassungsurkunde vorausgesetzte Theilnahme der Minister mit Ausschluß übrigens Desjenigen, gegen dessen Verfügung Beschwerde erhoben ist, ein persönlicher Zusammenhang mit der Verwaltung besteht. [11] Eine Verwaltungs-Justizsache ist nur diejenige, welche hiernach, abgesehen von einzelnen Beschränkungen des Rekursrechtes durch spätere Spezialgesetze und abgesehen von dem unten zu erörternden, durch das Gesetz vom 13. Nov. 1855 eingeführten engeren Begriff einer solchen, an den Geheimenrath als höchster Behörde gebracht werden kann und über welche diese Behörde lediglich durch eine richterliche Thätigkeit zu entscheiden hat. Es ist mithin in Wahrheit in Württemberg seit dem Jahre 1819 in der letzten Instanz die Forderung der Trennung des Richtens vom Verwalten erfüllt.

Ebenso ist die selbstständige Rechtsprechung in Verwaltungsstreitigkeiten in Baden, wenn gleich in beschränkterem Umfang, durch das Gesetz vom 5. Okt. 1863 über die Organisation der inneren Verwaltung geordnet, und ebendieß war für Bayern in dem Entwurf eines Gesetzes die Verwaltungsgerichtsbarkeit betr. [12] beabsichtigt. Namentlich ist aus Anlaß der Berathung des §. 19 (§. 17 des Entwurfs) des badischen Gesetzes vom 5. Okt. 1863 von der Regierung und den Ständen anerkannt worden, daß auch das Administrativ-Gericht, wie jedes andere bürgerliche Gericht unabhängig zu urtheilen habe.

Da man doch wohl nicht behaupten kann, daß die Staatsgewalt in diesen Staaten durch die hiernach voll-

---

[11] Uebrigens nehmen thatsächlich auch die nichtbetheiligten Minister und Departementschefs an denjenigen Sitzungen des K. Geheimenrathes, in welchen derselbe als oberste Instanz in Verwaltungsrechtssachen zu entscheiden hat, in der Regel nicht Theil.

[12] Verh. der bayer. Kammer der Abg. von 1866/69, III. Beil.-Bd., S. 75, V. Beil.-Bd., S. 431 und 599; vgl. Prot.-Bd. IV, S. 169, S. 223 und 248.

zogene Trennung des Richtens vom Verwalten auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes statt des Herrn zum Diener geworden sei und ihr Lebensprinzip aufgegeben habe, so wird man nicht umhin können, jene der französischen Begründung folgende Ansicht über das Wesen der Administrativjustiz jedenfalls sehr wesentlich zu modifiziren und zwar zunächst dahin, daß es auch auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes Streitigkeiten gibt, über welche der Staat, ohne mit seiner Aufgabe in Widerspruch zu gerathen, die richterliche Entscheidung zulassen kann. Dieß wird allerdings von v. Geßler (a. a. O.) gleichfalls betont.

Man wird jedoch bei einem näheren Eingehen auf diese Begründung der Verwaltungs-Justiz durch eine Vergleichung der einzelnen Verwaltungs-Justizsachen zu dem noch weiter gehenden Ergebniß gelangen, daß jene Theorie von der Unvereinbarkeit der Anerkennung einer richterlichen Gewalt auf dem Gebiet des öffentlichen Rechtes mit dem Begriff der Staatsgewalt die als Verwaltungs-Rechtsstreitigkeiten zu bezeichnenden Gegenstände nicht trifft, und mithin überhaupt nicht für die Beibehaltung der Administrativ-Justiz geltend gemacht werden kann.

Es mag gestattet sein, den Beweis hiefür zunächst durch Hinweisung auf die nach §. 5 des badischen Verwaltungsgesetzes dem Bezirksrath zugewiesenen Streitigkeiten des öffentlichen Rechtes anzutreten, welche ebenso nach württembergischem Rechte der Rechtsprechung durch die Verwaltungsgerichte anheimfallen.

Der Bezirksrath hat hienach zu entscheiden:

1) über den Anspruch auf das Heimathrecht und das Ortsbürgerrecht und deren gesetzliche Folgen, über den Antritt des angeborenen Bürgerrechtes, die Bürgerannahme und die bürgerrechtlichen Voraussetzungen der Verehelichung; [13]

[13] Durch die Einführung des norddeutschen Gesetzes vom 4. Mai 1868, betr. die Aufhebung der polizeilichen Beschränkungen

2) über die Bürgernutzungen und sonstige auf dem öffentlichen Rechte beruhenden Ansprüche der Einzelnen an die Gemeinden;

3) über die Beiträge und persönlichen Leistungen zu Gemeindezwecken, zu Social-Ausgaben und zu den Bedürfnissen der abgesonderten Gemarkungen, ferner über das Beitragsverhältniß der Fabrikanten bei außergewöhnlicher Wegebenützung und über das der Nebenorte bei zusammengesetzten Gemeinden.

Von keiner dieser Streitigkeiten läßt sich behaupten, daß die Staatsgewalt sich selbst aufgebe, wenn sie den Richterspruch einer von ihr unabhängigen Behörde hierüber zuläßt. Der Staat als solcher ist dabei interessirt, daß das Gemeindeleben, die Theilnahme an den Rechten und Lasten der Gemeinde nicht der Willkühr verfallen. Ganz in derselben Weise ist übrigens der Staat bei der Ordnung der vormundschaftlichen, der ehelichen Verhältnisse, und schließlich auch bei der Ordnung aller anderen Privatrechtsverhältnisse betheiligt, und nur vermöge des Rechtes der Aufsicht, welches auch die Fürsorge zur Abwendung von Rechtsstörungen in sich begreift, ohne daß die richterliche Gewalt angerufen wird, tritt dieses öffentliche Interesse unmittelbarer in die Erscheinung bei den angeführten Rechtsverhältnissen. Ob A. ein Bürgerrecht in der Gemeinde B. oder C. hat, ob er ein Recht auf die Aufnahme in dasselbe hat, ob er an den bürgerlichen Nutzungen einen größeren oder geringeren oder gar keinen Theil erhält, ob er oder ein Anderer zur Deckung des nothwendigen Gemeindeaufwandes beizutragen hat, ob sein Beitrag größer oder geringer ist, berührt die Staatsgewalt nur in so weit, als hiebei die Rechtsordnung, die Wahrung der Rechte und Gesetze in Frage kommt. Ebenso

---

der Eheschließung in Württemberg und Baden mit der Errichtung des neuen deutschen Bundes ist der letztgenannte Gegenstand aus der Reihe der Administrativjustizsachen ausgefallen.

verhält es sich bezüglich der übrigen der Entscheidung der Bezirksräthe in dem angeführten §. 5, Ziff. 4—10 zugewiesenen Gegenstände. Es sind dieß die Streitigkeiten über die Beitragspflicht der einzelnen Steuerpflichtigen zu Kriegskosten, über den Beizug zur Einquartierung und zum Vorspann, über die Vertheilung der dem Bezirke auferlegten Kriegskosten unter die Gemeinden, die Beitragspflicht zu den Kosten der Kirchen- und Schulverbände, über Unterhaltung der Vicinal- und Verbindungsstraßen, über Markungsrechte, Zuweisung von Heimathlosen und sonstige öffentlich-rechtliche Ansprüche, soweit über eine dieser Fragen unter mehreren Gemeinden oder Markungsinhabern Streit obwaltet, über Angelegenheiten der Bodenkultur einschließlich der Bewässerungs- und Entwässerungs-Anlagen, über die Ausübung der Jagd und Fischerei und die Benützung des Wassers, soweit nicht die Zuständigkeit des Civilrichters begründet ist, endlich über die streitige Stimmberechtigung und Wählbarkeit bei Gemeinde-, Bezirks- und Kreiswahlen. Man könnte versucht sein, namentlich die letztgenannten Streitigkeiten, über Stimmberechtigung und Wählbarkeit bei Gemeinde-, Bezirks- und Kreiswahlen als solche zu bezeichnen, bei welchen, da hiebei das öffentliche Interesse vorzüglich betheiligt sei, eine unabhängige Rechtsprechung vom Standpunkte der Staatsgewalt aus bedenklich erscheine.[14] Allein, wenn diese Streitigkeiten der unabhängigen Rechtsprechung, der Entscheidung durch eine blos richterliche Thätigkeit entzogen würden, so würde der Zweck aller Wahlgesetze vereitelt. Der Gesetzgeber ordnet die Wahlberechtigungen, damit die

[14] Allerdings erscheint es nicht ganz konsequent, wenn in §. 6 des badischen Verwaltungsgesetzes, Z. 8, die angefochtene Giltigkeit von Gemeinde-, Bezirks- und Kreiswahlen auch dann, wenn der Gewählte ein Recht aus einer von ihm als giltig behaupteten Wahl erworben zu haben behauptet, dem Bezirksrath als Verwaltungsbehörde zugewiesen und damit aus dem Kreise der Verwaltungsjustizsachen ausgeschieden wird.

Wahlrechte unabhängig von dem Einfluß der verwaltenden Staatsbehörden ausgeübt werden und es muß daher im Falle eines Streites hierüber die richterliche Thätigkeit ganz unabhängig von dem Einflusse der Verwaltung angerufen werden können.

Die Unhaltbarkeit der hier bekämpften Ansicht über die Administrativ-Justiz liegt in dem Begriff von Recht im subjektiven Sinne, von welchem überhaupt auszugehen ist, um jede Rechtsprechung, mithin auch die Rechtsprechung der Administrativ-Justizbehörden zu begreifen. [15]

Im Begriff von Recht in subjektivem Sinne als Ausfluß der rechtlichen Persönlichkeit liegt von selbst der Schutz durch die Rechtsprechung und wo dieser fehlt, fehlt es am Rechte selbst. In dem Rechts- oder Verfassungsstaat muß Jedem, welcher behauptet, in einem Rechte verletzt zu sein, der Weg zur richterlichen Gewalt offen stehen. Dem Begriffe nach und ganz abgesehen von der Aemter-Organisation liegt die Grenze der richterlichen Gewalt [16] nicht innerhalb des auf das Privatrecht beschränkten Kreises von Rechten und Rechtsverletzungen.

---

[15] Das Verwaltungsrecht ist die Summe der für die Verwaltung geltenden objektiven Rechtssätze. Daß auch die Verwaltung nach Rechtsregeln, d. h. äußerlich erzwingbaren allgemeinen Normen sich richtet, wird zur Zeit keines Beweises mehr bedürfen; vergl. F. F. Mayer, Grundzüge des Verwaltungsrechtes und Rechtsverfahrens (1857). S. 1 u. f.; desselben Verfassers Grundsätze des Verw.-Rechtes (1862), insbes. S. 9. Allerdings aber ist das Recht im objektiven Sinne an sich noch kein Gegenstand für eine richterliche Thätigkeit. Zum Gegenstand dieser wird es nur, wenn die Verletzung eines Rechtes im subjektiven Sinne in Frage kommt, für welches die objektive Norm des Verwaltungsrechtes die Bedingung und die Rechtsregel gibt; vergl. Mayer, a. a. O., S. 438 u. f.

[16] Ich sage absichtlich nicht der Gerichte, weil dieser Ausdruck schon eine Beziehung auf die Aemter-Organisation in sich begreift, und bald als Kollektivausdruck für die Civil-Straf- und Verwaltungs-Gerichte genommen, bald zur Unterscheidung von den letzteren gebraucht wird.

Sie geht überhaupt so weit, als der Staat und die Gesetzgebung des Staates Rechte im subjektiven Sinne (Individualrechte) anerkennt. Nur wo ein Recht im subjektiven Sinne nicht oder nicht in dem eine entgegenstehende Befugniß ausschließenden Umfange besteht, findet die richterliche Gewalt, die Rechtsprechung ihre Grenze. Angewandt auf das öffentliche Recht folgt aus diesen Sätzen, daß die allein entscheidende Frage die ist, ob es innerhalb dieses Gebietes Rechte im subjektiven Sinne gibt. Sind einmal solche Rechte anerkannt, so muß auch Derjenige, welcher behauptet, in einem solchen verletzt zu sein, insoweit als sie wirken, den Weg zu einem Richter haben oder umgekehrt, soweit er den Weg zu einem Richter nicht hat, steht ihm ein Recht nicht zu. Insoweit ist also die Forderung des richterlichen Schutzes eine ganz selbstverständliche. Der logische Prozeß des richterlichen Urtheilens ist jedoch ein anderer, als derjenige, welcher die Verfügung der Verwaltungsbehörde bestimmt. Die Verwaltungs-Rechtspflege in dem Sinne, als ob eine verwaltende und eine richterliche Thätigkeit miteinander vermischt in Bewegung gesetzt würden, ist eine logische Unmöglichkeit. Insofern stimme ich dem Urtheile von Zachariä [17] vollkommen zu, welcher sagt, wenn man den Begriff der Administrativ-Justizsachen dahin stellen wolle, es seien diejenigen Angelegenheiten, in welchen nach Grundsätzen der öffentlichen Verwaltung Recht gesprochen werde, so sei dieß an sich etwas eben so Widersinniges, als wenn man nach Rechtsgrundsätzen verwalten wollte. Es ist schlechthin unmöglich oder richtiger eine werthlose Täuschung, „der Forderung, daß Richten und Verwalten (sachlich) getrennt werden," soweit entsprechen zu wollen, daß „ein ihr möglichst sich nähernder Zustand hervorgerufen" werde. Es kann ein Akt der Politik sein, eine Verwaltungsmaßregel aufzugeben, um nicht die Rechtsfrage anzuregen; aber dieser Richten und Ver-

[17] Deutsches Staats- und Bundesrecht (1865) Bd. II, S. 106.

walten vermischende Zustand ist Alles, nur keine Justiz, auch keine Administrativ-Justiz. Entweder ist die Frage, ob ein Recht im subjektiven Sinne (im Gegensatz zum Gesetz, zur Rechtsnorm) verletzt sei oder wenn diese Frage verneint wird, ob ein Interesse, sei es das öffentliche Interesse oder das Interesse des Einzelnen verletzt sei. Die Entscheidung der letzteren Frage kann nur maßgebend werden, wo die erste zu verneinen ist. Der Richter, auch der Administrativ-Richter, hat es nur mit der ersten Frage zu thun und wird diese Frage nur dann richtig prüfen, wenn er sich des sachlichen Unterschieds zwischen Richten und Verwalten bewußt ist.

Von diesen Sätzen aus, welche unmittelbar aus dem Rechtsbegriff folgen, zerlegt sich jede Untersuchung über die Administrativ-Justiz in zwei Theile und daß diese Unterscheidung in der Regel nicht scharf genug vollzogen wird, erklärt wohl zumeist die scheinbar unlösbaren Gegensätze der Ansichten. Die Aufgabe ist zu prüfen und festzustellen:

1) wie weit auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes Rechte in subjektivem Sinne denkbar und anerkannt und

2) wie die mit der Rechtsprechung hierüber beauftragten Staatsbehörden zu organisiren sind.

Der Kampf gegen die Administrativ-Justiz hat seine prinzipielle Bedeutung in dem ersten Punkte. Er war in seinen ersten Anfängen der Streit um die Anerkennung von Rechten der Einzelnen gegenüber einer ihre Omnipotenz behauptenden Staatsgewalt und hatte seinen Grund in der Kollision, in welche die Rechte als Ausflüsse der Persönlichkeit mit der Staatsverwaltung gerathen können. Er ging unmittelbar aus dem Kampfe gegen die Kabinets-Justiz, den vollendeten Ausdruck der monarchischen Staats-Allgewalt, hervor, welcher seinen Abschluß in der Trennung der Justiz und Verwaltung zunächst auf dem Gebiete des Privatrechtes fand. Nachdem dieses Ziel erreicht war,

konnte nur durch die Scheu einerseits, Rechte öffentlicher Natur im subjektiven Sinne sowohl anzuerkennen, als zu verneinen, — die Besorgniß andererseits, durch die Vollziehung der Trennung der urtheilenden und der verwaltenden Thätigkeit auch auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes der letzteren eine mit dem Staatszweck im Widerspruch stehende Schranke zu ziehen, einige Zeit der Verwaltungs-Justiz jene unklare schiefe Stellung erhalten, durch welche sie zwischen die Justiz und die Verwaltung gestellt wurde. Es war jedoch eine unabweisbare Nothwendigkeit, sich darüber zu entscheiden, ob subjektive Rechte auch in dem Kreise des öffentlichen Rechtes anerkannt werden wollen und diese Frage war, worauf auch v. Geßler a. a. O. hingewiesen hat, jedoch ohne die letzte Konsequenz hieraus zu ziehen, mit der konstitutionellen Staatseinrichtung im bejahenden Sinne entschieden. Mit der Einführung konstitutioneller Staatseinrichtungen war die Möglichkeit von subjektiven Rechten öffentlich-rechtlicher Natur, die Möglichkeit einer Beschränkung der öffentlichen Gewalt durch die Rechtssphäre der Einzelnen und Korporationen im Staate, durch Individualrechte gegeben. Die ganze Entwicklung des Rechtsstoffes auf diesem Gebiete hat die Feststellung solcher Rechte zu ihrem Gegenstand. Hier ist jedoch der Punkt, auf welchem die Rechte der Staatsgewalt nicht gegen eine Ausdehnung der Gewalt der ordentlichen Civilgerichte, aber gegen eine Ausdehnung der Administrativ-Justiz zu wahren und zu beachten sind. Man muß sich hüten, in der Anerkennung von subjektiven Rechten öffentlich-rechtlicher Natur so weit zu gehen, daß die Staatsgewalt statt „des Herrn der Diener wird"; daß ihr nicht die Erreichung des Staatszweckes erschwert oder unmöglich gemacht wird. Allein dieß wird nicht dadurch erreicht, daß man in der Administrativjustiz ein zwischen der richtenden und der verwaltenden Thätigkeit stehendes Institut sucht, vielmehr nur durch die entschlossene Abscheidung beider Thätigkeiten. Die wichtigste Aufgabe ist zur Zeit die Fest-

ſtellung der „ſubjektiven Rechte," welche den gerichtlichen Schutz auch gegenüber einer objektiven Verletzung durch die Staatsgewalt genießen, oder wie man von dem Standpunkte der beſtehenden Behörden-Organiſation ſagen kann, die Feſtſtellung der Grenze zwiſchen der Verwaltungsjuſtiz und der Verwaltung.

Wie man aber auch dieſe Grenze ziehen mag, was einer beſonderen Unterſuchung vorzubehalten iſt, ſo viel iſt außer Zweifel, daß es ſubjektive Rechte gibt, welche nicht dem Privatrecht angehören, aber, weil ſie Rechte ſind, den richterlichen Schutz verlangen.

Bezüglich dieſer Rechte, deren Schutz eben die Aufgabe der bisherigen Verwaltungsjuſtiz iſt, ſtellt ſich die konkrete Frage ſo, ob der civilrichterliche Schutz denſelben gewährt, oder ob derſelbe beſonderen Behörden, den Verwaltungsjuſtizbehörden überlaſſen bleiben ſoll.

Zur Beantwortung dieſer Frage iſt es nothwendig, einen Blick auf die beſtehende Behörden-Organiſation zu werfen.

Es iſt ſchon oben hervorgehoben, daß in Württemberg und Baden die Thätigkeit der mit der Verwaltungs-Rechtspflege beauftragten Behörden *in letzter Inſtanz* eine von der Verwaltung unabhängige Rechtſprechung, ein Richten im wahren Sinne des Wortes iſt. Die in letzter Inſtanz zur Rechtſprechung berufenen Adminiſtrativjuſtizbehörden unterſcheiden ſich hienach von den Gerichten nur durch ihre öffentlich-rechtliche Stellung, nicht durch die ihnen obliegende Thätigkeit, indem ſie nicht alle diejenigen Rechte haben, mit welchen man die Richter zur Wahrung der Unabhängigkeit der Rechtſprechung ausſtatten zu müſſen glaubte.

Man hat in der Theorie und Praxis den Werth gerade dieſer Garantien vielleicht zu hoch angeſchlagen. Es gibt trotz derſelben noch immer Mittel genug, auf die Richter einzuwirken, wenn nicht ihre eigene Gewiſſenhaftigkeit und Ehrenhaftigkeit, der ganze Geiſt des Staates

und Volkes sie vor solchen Einflüssen schützt. Dieß haben die französischen Gerichte in neuerer Zeit hinreichend bewiesen.

Sodann ist bei der Beurtheilung der bestehenden Administrativjustizbehörden nicht außer Acht zu lassen, daß die Stellung auch der Staatsdiener, welche keine Richter sind, durch den in den meisten deutschen Verfassungen, namentlich durch §. 47 der württembergischen Verfassung ihnen gewährten Schutz im Amte in hohem Grade gegen Minister-Willkühr geschützt ist. Die den Richtern ausschließlich gewährte Garantie, daß sie nur durch richterlichen Spruch ihrer Stelle entsetzt, entlassen oder auf eine geringere Stelle versetzt werden können (§. 46 der Verfassungsurkunde, vergl. §. 177 der Grundrechte) hat sich in einer mehr als 50jährigen Erfahrung in Wirklichkeit kaum wirksamer für den Schutz dieser Beamten gegen Minister-Willkühr erwiesen, als der §. 47 der Verfassungsurkunde und die Ueberwachung desselben durch die Stände für die übrigen Staatsdiener. [18]

Wie sehr überhaupt in dem Verfassungs-Staate die Natur der Sache selbst und das öffentliche Rechtsbewußtsein auch ohne jene Garantie des Amtes die Unabhängigkeit der Rechtsprechung zu wahren die Kraft hatte, nachdem die Kabinetsjustiz grundsätzlich beseitigt war, zeigt sich unter Anderem in der Rechtsprechung des K. Geheimenrathes. Obwohl die Mitglieder dieses beinahe in allen Verwaltungs-Rechtsstreitigkeiten die höchste Instanz bildenden Kollegium nach §. 57 der Verfassungs-Urkunde entlaßbar sind, ist doch niemals eine Beschwerde darüber laut geworden, daß dessen Rechtsprechung sich von äußeren Einflüssen abhängig gemacht habe, ganz abgesehen davon, daß der Forderung der Unabhängigkeit der Rechtsprechung auch

[18] Vergl. deutsche Vierteljahrsschrift von 1862, (25. Jahrgang) IV. Heft, Konstitutionalismus und Beamtenstaat, S. 103—106, S. 116—119.

dieſer Behörde durch die Berufung der zwei Vorſtände des Obertribunals in Verwaltungsjuſtizſachen unmittelbar Rechnung getragen wurde. Wenn auch die Adminiſtrativ-Juſtizbehörden nicht mit allen den Richtern zukommenden Garantien umgeben ſind, ſo beſtand doch in Württemberg ſeit 1819 eine richterliche Behörde, welche in Verwaltungsrechtsſachen in letzter Inſtanz unabhängig nach ihrer Ueberzeugung geurtheilt hat.[19] Daſſelbe iſt, wie ſchon oben hervorgehoben wurde, in Baden durch die Einführung der Verwaltungsgerichtshöfe erreicht.

Allerdings iſt man in dem badiſchen Geſetz vom 5. Oktober 1863 inſofern nicht bis zur letzten, auch in Württemberg noch nicht gezogenen Konſequenz des Prinzips vorgegangen, als die Frage, ob das Geſetz über die Rechtsverhältniſſe der Richter auch auf die Mitglieder des Verwaltungsgerichtshofes ausgedehnt werden ſoll, nicht in dem Geſetz entſchieden, ſondern weiterer Erwägung vorbehalten wurde. Allein dieſer letzte Schritt liegt, da die Forderung eines allen Richtern zu gewährenden beſonderen Verfaſſungsſchutzes eine ſelbſtverſtändliche iſt, wenn auch ihre Bedeutung in Obigem auf das richtige Maß zurückgeführt werden wollte, ſo unzweifelhaft in der Anerkennung der Unabhängigkeit der Rechtsſprechung der Adminiſtrativjuſtizbehörden, daß z. B. in Württemberg eine neue geſetzliche Regelung der Adminiſtrativjuſtiz nicht denkbar iſt, ohne daß ſie dieſer Forderung entſprechen würde. Nicht im Intereſſe der Unabhängigkeit der Rechtsſprechung, die ohne dieſe äußerlichen Garantien beſtehen kann, jedoch im Intereſſe der Auktorität dieſer Richterſprüche und um ſie

---

[19] Der Verfaſſer ſtützt dieſes Urtheil auf zahlreiche eigene im Laufe einer vieljährigen Anwaltspraxis gemachte Erfahrungen und wird ſich daher gegen den etwaigen Vorwurf einer oratio pro domo um ſo weniger zu vertheidigen haben, als er die Nothwendigkeit einer richterlichen Organiſation für den oberſten Verwaltungsgerichtshof in Folgendem unumwunden anerkennt.

gegen Verdächtigungen zu schützen, erscheint diese Forderung als eine selbstverständliche.

Wenn hiemit anerkannt ist, daß auch für die Rechtsprechung in Administrativjustizsachen Behörden aufzustellen sind, welche mit dem den Richtern gewährten Verfassungsschutze umgeben sind, so folgt hieraus gleichwohl noch keineswegs die Aufhebung der Administrativjustiz, mit anderen Worten die Uebertragung dieses Theils der richterlichen Gewalt an die bestehenden Civilgerichte.

Wie man es für nothwendig gefunden hat, die Civilgerichte und die Strafgerichte zu trennen, Schwurgerichte, Handelsgerichte, Ehegerichte mit der Rechtsprechung über bestimmte Klassen von Rechtssachen zu beauftragen, ebenso liegt es in der Natur der Sache, daß die Errichtung besonderer Verwaltungsgerichte für die Streitigkeiten des öffentlichen Rechtes ein Bedürfniß ist. Die Verwaltungs-Rechtspflege ist in dieser Auffassung einfach ein Theil der Rechtsprechung, besorgt durch eigene für einen bestimmten Kreis von Rechtsfällen aufgestellte Behörden, welche sich neben den anderen Gerichten, den Civil-, den Straf-, den Ehe-, den Handelsgerichten in den Aemterorganismus einreihen. Die Beibehaltung oder Verwerfung der Verwaltungsrechtspflege ist hievon ausgegangen nicht mehr eine prinzipielle, sondern eine Frage der Zweckmäßigkeit, eine Organisationsfrage.

Weizel wendet hiegegen a. a. O. ein, daß hiemit der Streit grundsätzlich nicht entschieden und daß diese Ansicht „politisch mehr als bedenklich" sei.

Dieses Urtheil ist nur verständlich, wenn man die Frage über die Aemter-Organisation mit der Frage über die Ausdehnung des wirklichen Rechtsschutzes verwechselt, oder mit anderen Worten der Meinung ist, daß die Beibehaltung der Administrativjustiz die Nichtanerkennung des unabhängigen Rechtsschutzes gegen Rechtsverletzungen auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes mit sich bringe.

Die Vertheidiger der Administrativjustiz können jedoch in der Gewährung des Rechtsschutzes auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes weiter gehen als ihre Gegner und man wird aufhören, die Verwaltungsjustiz als unvereinbar mit den Forderungen der individuellen Freiheit und des Rechtsstaates anzugreifen, sobald man derselben ihre richtige Stelle in dem Staatsorganismus eingeräumt hat. Die prinzipielle Entscheidung liegt, wie oben gezeigt ist, in der Abgrenzung der öffentlichen Rechte im subjektiven Sinne gegenüber der Staatsverwaltung, in dem Gegensatze zwischen Rechtsprechung und Verwaltung, nicht in der Organisation der mit der Rechtsprechung beauftragten Behörden und eben hiemit fällt jedes „politische Bedenken" gegen die Administrativjustiz hinweg.

Vom Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit aus hat auch die Administrativjustiz in dieser Begründung d. h. die Verweisung der Rechtsprechung in den Gegenständen des öffentlichen Rechtes an besondere Behörden von jeher ihre Vertheidiger gefunden. Sehr überzeugend hat namentlich in neuester Zeit Gneist[20] diese Vertheidigung geführt.

Wenn man nun aber, sagt Gneist, aus diesen Verhältnissen (der Verwaltung und Justiz) den Schluß zieht, daß die bisherige Beschwerde-Instanz von den Regierungen und Chefs der Ministerial-Departements auf die Gerichte zu übertragen sei, so ist dieser Schluß doch ein übereilter. Auch wenn man sich nicht eingestehen will, daß dieser Weg unvereinbar ist mit der gesammten Organisation der Verwaltung von unten herauf, so wird man das schlichte Argument anerkennen müssen, daß Jedermann in höherer und höchster Instanz doch nur entscheiden kann, was er versteht, von Grund aus versteht und nicht blos aus Gesetzen und Büchern versteht, sondern aus lebendiger und

[20] Die englische Communalverfassung §. 896—898.

langjähriger Anwendung. Unsere Gerichte haben seit Jahrhunderten eine andere Stellung, Bedeutung, Beziehung, Besetzung, Beschäftigung als die englischen Gerichtshöfe, auf die man sich beruft. Die Ausbildung unserer Richter durch das Referendariat, unsere tägliche Beschäftigung mit Vermögensrecht und Strafrecht gibt nicht die nöthigen Kenntnisse, Anschauungen und Erfahrungen, deren es doch nun einmal bedarf, um über Kompetenz, über Angelegenheiten von Communen und Kreisverbänden, über jura circa sacra, über Sicherheits-, Wohlfahrts-, Gesundheits-, Sittenpolizei, über Armen- und Wegverwaltungssystem, Heeres- und Landwehrverwaltungsfragen u. dgl. in höherer und höchster Instanz zu entscheiden.

Was hier Gneist, dessen freier, durch die Durchdringung des englischen Staats- und Verwaltungslebens vorzüglich geschärfter Blick auf allen diesen Gebieten seine feinen und geistreichen Parallelen zwischen englischem und deutschem Leben gezogen hat, zunächst mit Beziehung auf die preußische Justiz und Verwaltung bemerkt, wo man die Administrativjustiz allerdings nicht kennt, eben damit aber auch eines in Württemberg seit 1819 gewährten rechtlichen Schutzes entbehrt,[21] findet unbedingte Anwendung auch auf die süddeutschen Staaten.

Die Mannigfaltigkeit und die Wandelbarkeit der thatsächlichen Verhältnisse auf dem Gebiete des öffentlichen

---

[21] In Preußen gibt es keine Verwaltungsjustizsachen in sofern, als dort keine Behörde besteht, welche ohne zugleich die Verwaltungs-Behörde zu sein, wenigstens in letzter Instanz die Rechtsprechung auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes hätte (vergl. v. Rönne, preußisches Staatsrecht a. a. O.) Uebrigens wird sich das Bedürfniß nach einer derartigen Einrichtung, wie sie Württemberg und Baden bereits besitzen, immer dringender geltend machen, wie man in der norddeutschen Bundesgesetzgebung bereits mit der Einführung eines Verwaltungs-Gerichtshofes in dem hier vertheidigten Sinne durch die §§. 38—52 des Gesetzes vom 6. Juni 1870, betreffend den Unterstützungswohnsitz, den Anfang gemacht hat.

Lebens, die vielfachen Schwierigkeiten für sie ebenso wie für die Privatrechtsverhältnisse, den Rechtsstoff im Wege umfassender Gesetzgebung zu regeln, das stete Ineinandergreifen von allgemeinen Normen und von besonderen durch das öffentliche Interesse und das öffentliche Wohl verlangten Maßregeln stellen an denjenigen, welcher über diese Verhältnisse urtheilen soll, Forderungen, welchen eine allgemeine rechtswissenschaftliche Bildung und die Thätigkeit in Civil- und Strafgerichten oder der Advokatur in der Regel nicht gerecht werden kann. Nur die eigene Anschauung, die Selbstthätigkeit auf dem Gebiete der öffentlichen Verwaltung im Gegensatz zur reinen Rechtsprechung, die Bekanntschaft mit dem öffentlichen Leben, seinen Triebfedern, seinen Interessen und seinen Bedürfnissen, die Sammlung von zahlreichen Erfahrungen auf dem Gebiete der Verwaltungsrechtsprechung selbst geben die Gewähr, daß auch Rechtsfragen auf diesem Gebiete in dem Geiste und Sinne der Gesetzgebung und der Gesammtheit entschieden werden.

Was sich aber aus diesen subjektiven, in der Persönlichkeit der Richter liegenden Gründen als zweckmäßig empfiehlt, wird nicht weniger durch objektive Gründe, durch die Natur der Sache, durch die Eigenthümlichkeiten der Administrativjustiz zu einer zwingenden Forderung. Die Grundprinzipien des Civilverfahrens, welche aus dem Gegenüberstehen zweier vor dem Richter gleichberechtigten Persönlichkeiten, der Parteien, und aus der Voraussetzung sich ergeben, daß lediglich verzichtbare Ansprüche den Gegenstand der Verhandlung bilden, der Schriftenwechsel, die Rede und Gegenrede, die Verhandlungsmaxime, das Beweisverfahren, die Festhaltung der unabänderlichen Instanzenfolge ꝛc. lassen auf einen großen Theil öffentlichrechtlicher Streitigkeiten keine unmittelbare Anwendung zu. Die Mannigfaltigkeit der in den Kreis des öffentlichen Rechtes fallenden menschlichen Verhältnisse ist so groß, daß es schlechthin als unzulässig erkannt werden muß, das

Verfahren über dieselben durchaus unter die Formen des Civilprozesses zu stellen. Dieß zu zeigen genügt die Hinweisung auf einige Eigenthümlichkeiten dieser Streitigkeiten.

Die civilprozessualischen Grundsätze haben die Aufgabe, neben dem Verhältniß der Parteien zu dem Richter das Verhältniß zweier gegenüberstehenden Parteien zu einander zu ordnen. Allerdings gibt es nun auch Streitigkeiten des öffentlichen Rechtes, in welchen sich zwei gleichberechtigte Parteien gegenüber stehen. Auf dieser Thatsache und auf der Ansicht, daß sie den eigentlichen Kreis der Verwaltungsrechtsstreitigkeiten bilden, beruht das Gesetz über die Verwaltungsjustizpflege vom 3. Nov. 1855, auf welches diese Untersuchung am Schlusse zurückkommen wird. Allein eine Reihe von administrativ-kontentiösen Fällen, welche nicht einmal die Minderzahl bilden, hat die Eigenthümlichkeit, daß es an dem Gegenüberstehen zweier rechtlich gleichstehender Parteien fehlt. In allen Fällen, in welchen ein Einzelner behauptet, in seinem Rechte durch eine von der Verwaltung ergangene Verfügung verletzt zu sein, welche nicht unmittelbar einem anderen Einzelnen zum Vortheil gereicht oder von ihm hervorgerufen ist, fehlt es formell oder äußerlich betrachtet, an einer Gegenpartei. Wenn A. behauptet, durch die Verweigerung der polizeilichen Erlaubniß zu Ausführung eines Baues im Widerspruch mit den Baupolizeigesetzen, durch die Beiziehung zu einer bestimmten Besteuerungsart, durch die Nichtaufnahme in eine Wählerliste, durch die Nichtanerkennung der passiven gemeindebürgerlichen Wahlfähigkeit u. s. f. verletzt zu sein, ist es rein zufällig, ob ihm ein Einzelner gegenübersteht. In den meisten Fällen liegt nur die Verfügung der öffentlichen Gewalt vor, gegen welche sein Angriff gerichtet ist. Sachlich ist die Behörde, welche vermöge der öffentlichen Gewalt gehandelt hat, und welcher der Beschwerdeführer das Recht hiezu bestreitet, weil sie sein Recht verletzt habe, seine Gegenpartei. Aber es ist schlechthin unzulässig, sie auch formell in die Stellung der Gegen-

partei zu bringen. Dieß würde die Stellung derselben in einer ihre Aufgabe gefährdenden Weise unzweifelhaft verkehren. Nicht dadurch, daß nach dem Gesetze und Recht über eine als das subjektive Recht des Beschwerdeführers verletzende Verwaltungsverfügung geurtheilt wird, wohl aber dadurch würde die Auktorität der Verwaltungsbehörden und der Staatszweck gefährdet, daß diese von jedem Einzelnen, der sich verletzt glaubt, in die Stellung einer ihm gleichstehenden Gegenpartei gebracht werden könnte.

Allerdings könnte ähnlich, wie dieß im Strafverfahren der Fall ist, durch Aufstellung eines mit der Vertretung des öffentlichen Interesses vor Gericht beauftragten Organs die Möglichkeit einer Parteiverhandlung erreicht werden. Allein diesen Apparat in das Administrativjustizverfahren ausnahmslos einzuführen, nur um nach der theoretischen Schablone gewissen im Civilverfahren ganz unentbehrlichen Prozeßvorschriften genügen zu können, scheint mir nicht gerechtfertigt. Meines Erachtens würde hiedurch vor Allem ein ganz überflüssiger Mehraufwand von nicht unbedeutendem Betrag für die Staatsverwaltung nothwendig. Sodann wäre diese Einfügung eines weiteren Gliedes in den Staatsorganismus nicht unbedenklich, da es keinem anderen, als dem mit der Verwaltung unmittelbar betrauten Organ anheimgegeben werden kann, das öffentliche Interesse zu wahren und die mit einem besonderen Organ zur Vertretung vor Gericht nothwendig verbundenen Weiterungen nur nachtheilig wirken könnten. Will man aber nicht zu dieser mit einem bedeutenden Mehraufwand verbundenen, die Unabhängigkeit der Staatsverwaltung beengenden, ihre unerläßliche Selbstthätigkeit lähmenden Einrichtung sich verstehen, so ist eben hiemit für einen großen Kreis von Administrativjustizfällen die Unanwendbarkeit der Civilprozeßgesetze gegeben. Die Forderung eines besonderen Verfahrens, welches hiernach den Administrativrechtsfällen eigenthümlich sein muß, rechtfertigt aber schon

an sich ebenso gewiß die Verweisung an besondere Gerichtsbehörden, wie man im Hinblick auf die Nothwendigkeit verschiedener Prozeßarten vielfach die Kompetenz der Civilgerichte verschieden abzugrenzen sich veranlaßt gesehen hat.

Für die Zuweisung der Administrativrechtssachen an besondere Verwaltungsgerichte scheint mir ferner die Erwägung zu sprechen, daß die Behandlung derselben durch Behörden, welchen zugleich Verwaltungsbefugnisse zukommen, ausgenommen die letzte, oder höchste Instanz wesentliche Vortheile bietet. Es gibt kaum eine in das Gebiet der Administrativjustiz fallende Streitigkeit, welche nicht ihren ersten Grund oder ihre vorläufige Entscheidung in der Verwaltungsmaßregel einer öffentlichen Behörde finden würde. Diese von einem Einzelnen oder einer Korporation für beschwerend erkannte Verfügung kann nun in der Regel von zwei Gesichtspunkten aus, einmal vom Standpunkte der Verletzung eines subjektiven Rechtes, sodann vom Standpunkte ihrer administrativen Unzweckmäßigkeit oder Ungesetzmäßigkeit aus angegriffen werden. Würde aber, wie die Gegner der Administrativjustiz wollen, dieselbe an die Gerichte verwiesen, so müßten auch die beiden Fragen getrennt und bestimmt werden, daß entweder ohne Rücksicht auf das Beschwerderecht bei den vorgesetzten Verwaltungsbehörden wegen jeder solchen Verfügung sofort der Richter angerufen oder daß zunächst der Beschwerdeweg bei den höheren Verwaltungsinstanzen erschöpft sein müsse, oder daß es dem Einzelnen überlassen bleibe, wann er den Richter anrufen wolle. Wenn beispielsweise das Oberamt einer Gemeinde die Leistung zur Unterhaltung eines öffentlichen Weges auferlegt hat, so kann dieselbe diese Leistung als eine unnöthige, d. h. vom Standpunkte der technischen Nothwendigkeit oder Zweckmäßigkeit aus oder deßhalb angreifen, weil nicht sie, sondern ein anderes Rechtssubjekt hiezu verpflichtet sein soll. Die letztere Frage kann ganz dahingestellt bleiben, wenn aus dem ersten Grunde die Verfügung aufgehoben wird.

Ebenso kann die erste Frage sich von selbst erledigen, wenn die letzte im Sinne der betreffenden Gemeinde entschieden wird, weil der an deren Stelle Verpflichtete möglicherweise die erste Einwendung gar nicht erhebt. Es wäre eben deßhalb ganz unzweckmäßig, eine allgemeine Vorschrift über die Reihenfolge, in welcher diese Fragen zu entscheiden seien, gesetzlich festzustellen. Wenn aber die Reihenfolge der Schritte den sich für verletzt haltenden Einzelnen oder Korporationen überlassen würde, so wäre die Folge, daß möglicherweise ein ganz unnöthiger Rechtsstreit durchgeführt würde. Dieß kann nun allerdings auch bei bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vorkommen. Allein hier ist das öffentliche Interesse nicht in dem Maße bei der Vermeidung unnöthiger Prozesse betheiligt, als bei den Gegenständen des öffentlichen Rechtes. Zwar könnte in einem solchen Falle, wie dieß im Civilverfahren bei einzelnen Streitigkeiten, beispielsweise in Kirchenbaustreitigkeiten vorkommt, durch die Zulassung provisorischer Maßregeln oder durch eine provisorische Entscheidung über die Leistungspflicht ein Ausweg gefunden werden. Allein dieß hätte das wesentliche Bedenken gegen sich, daß solche provisorische Entscheidungen Ausnahmemaßregeln bleiben müssen und nur von derjenigen Behörde getroffen werden sollten, welche später in der Sache selbst definitiv entscheidet. Das badische Verwaltungsgesetz allerdings hat auch schon in erster Instanz die Verwaltungsrechtspflege und die Verwaltung getrennt. Der §. 5 ordnet die Zuständigkeit des Bezirksrathes als Verwaltungsgericht erster Instanz, der §. 6 seine Zuständigkeit als Verwaltungsbehörde. Allein diese Trennung ist nur eine sachliche mit ihren Folgen bezüglich des Verfahrens. Dadurch, daß *dieselbe Behörde* zugleich die entscheidende und verwaltende ist, wird Dasjenige erreicht, was nach Obigem aus Zweckmäßigkeitsgründen von einer Rechtspflege auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes mit Ausnahme derjenigen Instanz ge-

fordert werden muß, gegen deren Entscheidung keine weitere Beschwerde statthaft ist.

Sodann wäre für Württemberg jedenfalls, in so lange die zahlreichen Verwaltungsinstanzen (Oberamt, Kreisregierung, Ministerium des Innern) in Anwendung des §. 36 der Verfassungsurkunde bestehen, jene Trennung von wesentlich nachtheiligeren Folgen durch die hiemit nothwendig verbundene Verschleppung der Endentscheidnng. Die Regel wäre, daß zuerst dieser Kreislauf der Verwaltungsinstanzen durchgeführt und dann erst im Falle der Erfolglosigkeit der Civilrichter möglicherweise wieder in zwei Instanzen angerufen würde. Es muß einleuchten, daß hiermit ein unerträglicher Zustand geschaffen würde.

Diese in der Natur des Gegenstandes liegenden Gründe scheinen dem Verfasser vollkommen zu rechtfertigen, daß der Forderung der Grundrechte [22] weder in Württemberg noch in Baden die Folge gegeben wurde, die bisherige Administrativjustiz aufzuheben und die bisher von den Verwaltungsjustizbehörden behandelten Gegenstände einfach an die Civilgerichte zu verweisen, wie dieß auch in Bayern aus Anlaß der Berathung des oben erwähnten Entwurfes von keinem der gesetzgebenden Faktoren beabsichtigt wurde. Dagegen haben die Grundrechte das Verdienst gehabt, auch auf diesem Gebiete die Gesetzgebung der Einzelstaaten zu einer Thätigkeit anzuregen, welche die Ausführung des in ihnen enthaltenen richtigen Grundgedankens anstrebte.

Der württembergische Gesetzgeber ist hierin durch das Gesetz vom 13. Nov. 1855 vorangegangen. Allein das Ergebniß einer 16jährigen Wirksamkeit dieses Gesetzes ist, daß es keinen wesentlichen Fortschritt enthielt und der legislativen Aufgabe in keiner Weise genügte.

Die einzige *gesetzliche* Bestimmung über die Ab-

---

[22] Art. X, §. 182: die Verwaltungsrechtspflege hört auf; über alle Rechtsverletzungen entscheiden die Gerichte.

miniſtrativjuſtiz war bis zu Erlaſſung des Geſetzes von 1855 der §. 60 der Verfaſſungsurkunde, welcher in §. 36 ſeine Ergänzung fand. In Anwendung der letzteren Beſtimmung kann, wie oben bemerkt, gegen jede Verfügung einer öffentlichen Behörde, welche kein Gericht iſt, der Regel nach Beſchwerde bis an die Miniſterien erhoben werden, und zwar ohne Unterſchied, ob die Beſchwerde auf die angebliche Verletzung eines Rechtes oder nur eines Intereſſe des Beſchwerdeführers geſtützt wird. Wie ſchon erwähnt, nimmt jedoch der Geheimerath auf Grund des §. 60 Beſchwerden gegen die Verfügungen der Miniſterien nur an, ſoweit die Verletzung eines dem öffentlichen Rechtsgebiete angehörigen Rechtes im ſubjektiven Sinne in Frage ſteht. In ſo fern tritt erſt in letzter Inſtanz die Verwaltungsrechtspflege als Rechtſprechung auf dem öffentlichen Rechtsgebiete ſelbſtſtändig in's Leben. Hiebei fehlte es nun aber bis zu Erlaſſung des Geſetzes von 1855 an allen näheren Beſtimmungen, namentlich über die Grenze dieſer Rechtspflege gegenüber der Verwaltung, über das Verfahren und über die Formalitäten des Rekurſes, ſoweit nicht einzelne Spezialgeſetze dieſelben geregelt hatten.

Einen Fortſchritt enthielt daher das erwähnte Geſetz, indem es einzelne prozeſſualiſche Vorſchriften gab und hiemit den Grundſatz anerkannte, daß es ſich bei den von ihm berührten Gegenſtänden um eine Rechtſprechung im eigentlichen Sinne des Wortes handelt.

Nach Art. 2 ſind alle Endentſcheidungen mit Entſcheidungsgründen zu verſehen, ſoweit nicht auf die Gründe zu einer Entſcheidung früherer Inſtanz Bezug genommen werden will. Nach Art. 3 ſind den Parteien die Akten auf Verlangen zu eröffnen und auf Verlangen Abſchriften derſelben zu geben. In Art. 4 werden die zuläſſigen Rechtsmittel, Rekurs, Nichtigkeitsbeſchwerde und Wiedereinſetzung in den vorigen Stand unterſchieden. Nach Art. 5 wird vorgeſchrieben, daß der Rekurs ſtets an die nächſtvorgeſetzte Behörde von Demjenigen, welcher ſich für

rechtlich beschwert erachtet, zu richten ist und daß der Rekurs vorbehältlich vorsorglicher Anordnungen im öffentlichen Interesse Suspensivkraft hat. In Art. 6, 7, 8, 9, 10 werden die Formalien des Rekurses geordnet. In Art. 11 wird das rechtliche Gehör vorgeschrieben. Die Art. 12—15 ordnen die außerordentlichen Rechtsmittel. Nach Art. 16 ist für solche Endentscheidungen eine Sportel anzusetzen, deren Maximum in den höheren Instanzen 50 fl. beträgt.

Allein so wenig die redliche Absicht eines Fortschrittes verkannt werden kann, so leidet dieses Gesetz doch an dem wesentlichen Mangel, daß es sich mehr an die Formalitäten gehalten hat und in der Sache selbst das legislative Bedürfniß nicht befriedigte, namentlich unleugbare Nachtheile des bestehenden Rechtszustandes, statt sie zu verbessern, noch verschlimmert hat.

Der Grundfehler des Gesetzes liegt in seinem ersten Artikel. Derselbe lautet:

> Die Bestimmungen des gegenwärtigen Gesetzes finden Anwendung auf solche Streitigkeiten, in welchen über Ansprüche, die sich auf das öffentliche Recht gründen, im Geschäftskreise des Departements des Innern entschieden wird, sei es, daß der Streit zwischen Privaten und Körperschaften unter sich oder gegenüber von dem Staat als Inhaber von Vermögensrechten entstanden ist.
>
> Dagegen ist dieses Gesetz nicht anwendbar auf das Verfahren in Beschwerdesachen, bei welchen der Staat als öffentliche Gewalt betheiligt ist.

Als ein Mangel dieser Bestimmung muß auf den ersten Blick erkannt werden, daß das Gesetz nicht bestimmt, sondern voraussetzt, über welche Ansprüche im Geschäftskreis des Departements des Innern entschieden wird. Das Gesetz macht dem Wortlaut nach seine Anwendbarkeit lediglich von der Thatsache, ob das Erkenntniß einer Regiminalstelle vorliegt, abhängig und geht nicht einmal so weit, seine Anwendung in allen denjenigen Fällen, welche

in den Ressort des Ministerium des Innern gehören, zu verlangen.

Ein Gesetz, welches den Kreis seiner Anwendung so unbestimmt läßt, entspricht der Aufgabe der Gesetzgebung nicht. Es ist auch nicht so einfach, diesen Geschäftskreis des Departements des Innern abzugrenzen, daß das Gesetz etwas Ueberflüssiges gethan hätte, wenn es hierauf eingegangen wäre. Nicht selten entstehen hierüber Zweifel, durch welche der ohnehin durch die Ueberzahl von Instanzen verzögerte Administrativprozeß noch weiter verschleppt wird. Als Beleg hiefür genügt die Erinnerung an die Almosenprozesse. [23]

Wollte man sodann auch von dem Gesetz die Aufzählung derjenigen Rechte und Ansprüche im Einzelnen nicht verlangen, über welche Administrativgerichte zu entscheiden haben, wie dieß in dem badischen Gesetze geschehen ist, so ist doch nicht abzusehen, aus welchem Grunde dasselbe auf die Streitigkeiten des öffentlichen Rechtes beschränkt ist, welche im Departement des Innern entschieden werden. Wenn es, wie hiernach vorauszusetzen ist, auch Administrativrechtsstreitigkeiten gibt, welche von den Behörden anderer Departements zu entscheiden sind, so sieht man nicht ein, warum die als zweckmäßig erkannten Bestimmungen auf jene beschränkt wurden. Die eigenthümliche Folge dieser Feststellung des Wirkungskreises des Gesetzes ist, daß es oft von ganz zufälligen Umständen, selbst von den Schritten der Partei abhängt, ob ein Gegenstand zur Entscheidung der Regiminalbehörden in der Instanzenfolge gelangt. Wenn die Partei gegen die Verfügung eines Ministeriums, durch welche sie in einem Rechte verletzt zu sein behauptet, Beschwerde bei dem K. Geheimenrath erhebt, so hat dieser über die Beschwerde zu entscheiden ohne Rücksicht darauf, ob der Gegenstand die Instanzenfolge durchlaufen hat. Wenigstens ist dieß bei den Almosen-

[23] Dieses Archiv, Bd. XIII, S. 1 u. f.

prozessen geschehen, in welchen der K. Geheimerath über eine Beschwerde des Stiftungsrathes in Lorch gegen die — die bisherige Reichung von Almosenbeiträgen aufhebende Verfügung des Finanzministeriums in einer später als rechtskräftig erklärten Entscheidung erkannt hat, obwohl hierüber kein Urtheil der nach einem später gefaßten Beschlusse zuständigen Regiminalstellen vorlag.

Endlich aber hat das Gesetz auch bezüglich der in dem Departement des Innern zur Entscheidung gelangenden Rechtssachen in dem angeführten Artikel den Kreis seiner Wirksamkeit in einer Weise bestimmt, daß derselbe bald nach Einführung des Gesetzes in der Rechtsanwendung Schwierigkeiten genug fand.

Schon bei der Berathung des Entwurfes ist die Einwendung erhoben worden, daß das Gesetz an dem Mangel innerer Folgerichtigkeit leide, indem der Absatz 2 des Art. 1 diejenigen Beschwerdesachen, bei welchen der Staat als öffentliche Gewalt betheiligt sei, ausnehme. Es ist mit Recht hiegegen eingewendet worden, daß dieß bei allen auch den im Absatz 1 bezeichneten Administrativrechtssachen mehr oder weniger zutreffe. Die Einwendung des Mangels der inneren Folgerichtigkeit dieser Grenzbestimmung hat die Erfahrung bestätigt. Auch den zwei bis jetzt erschienenen Abhandlungen [24] dürfte es nicht gelungen sein, den Kreis der Anwendbarkeit des Gesetzes prinzipiell festzustellen.

Nach der ersten Abhandlung findet das neue Gesetz in allen Fällen Anwendung, wo eine Regiminalbehörde in ihrer richterlichen Funktion thätig, d. h. wo sie berufen war, einen vor ihr anhängig gewordenen und durchver-

[24] Dieses Archiv, Bd. III, S. 80 u. f. über die Bedeutung des Art 1 des Gesetzes vom 13. Nov. 1855, betreffend die Rechtsmittel in Verwaltungsjustizsachen, von Herrn Geheimenrath v. Pfaff; Bd. V, S. 311 u. f. dieses Archives, über den Begriff der Verwaltungsjustizsachen nach dem Gesetz vom 13. Nov. 1855, von Herrn Staatsminister v. Geßler.

handelten Streit zwischen zweien oder mehreren Parteien über einander entgegengetretene öffentlich-rechtliche Ansprüche durch ihren Spruch zu schlichten; es findet dagegen keine Anwendung, wo die Behörde nur gegenüber von Einem, nur ihr gegenüberstehenden Individuum kraft irgend welchen anderen Attributs der öffentlichen Gewalt als kraft des ihr übertragenen Richteramtes eine Verfügung getroffen hat.

Daß diese Auffassung des Gesetzes der Intention der gesetzgebenden Faktoren entspricht und namentlich mit den Kammerverhandlungen übereinstimmt, kann nicht in Abrede gezogen werden und wird auch in der zweiten Abhandlung anerkannt. Aber man muß der in der letzteren hiegegen erhobenen Einwendung unbedingt zustimmen, wenn es für etwas an sich Abnormes erklärt wird, von dem zufälligen Umstande, daß in dem einzelnen Falle eine Korporation oder ein Einzelner aufgefunden wird, die gegenüber gestellt werden können, abhängig zu erklären, ob dieselbe Verfügung, welche die Behörde trifft, das Einemal als Administrativsache, das anderemal als Administrativjustizsache erscheint. Die in der ersten Abhandlung gegebenen Beispiele von Verhandlungen über die Zutheilung von Heimathlosen und Beschwerden über polizeiliche Ausweisungen bestätigen diese Einwendung vollkommen. Es ist denn doch über alle Maßen prinziplos, wenn es hiernach vorkommen kann, daß eine Sache, welche von dem Oberamte, der Kreisregierung und dem Ministerium vielleicht als reine Verwaltungssache deßhalb behandelt werden mußte, weil nach der thatsächlichen Gestaltung nur Eine Partei der Verwaltungsbehörde gegenüberstand, durch den zufälligen Umstand, daß nun in der Instanz des Geheimenrathes sich eine zweite Partei aus eigenem Interesse zur Vertheidigung des öffentlichen Rechtes aufwirft, zu einer Administrativjustizsache wird, und in letzter Instanz zur Anwendung des Gesetzes führt. Es ist prinziplos, weil das Gesetz davon ausgeht, daß die Administrativjustiz-

ſachen einem Inſtanzenzug zu unterſtellen ſind. Noch eigenthümlicher aber wäre es, wenn in dieſem Falle zur Wahrung des formellen Prinzips der Gegenſtand von dem K. Geheimenrath an das Oberamt zurückzuweiſen wäre. Das Geſetz hätte hiemit den Zuſtand der Adminiſtrativjuſtiz geradezu unerträglich gemacht, da keine der geringſten Beſchwerden die Endloſigkeit dieſer Prozeſſe in Folge der zahlreichen Inſtanzen iſt, welche ſich, die möglichen Verfügungen der Gemeindebehörden eingerechnet, auf 5 berechnen, (Gemeindebehörde, Oberamt, Kreisregierung, Miniſterium des Innern, Geheimerath). Daß aber ſolche Fälle vorkommen können, iſt aus dem Aufſatz von v. Pfaff zu entnehmen. Ein Heimathloſer, welcher einen Anſpruch auf Zutheilung zu einer beſtimmten Gemeinde nicht erhebt, wird in Anwendung des Art. 34, Abſ. 2, des Bürgerrechtsgeſetzes vom 4. Dez. 1833 der Gemeinde von Amtswegen zugetheilt. Der Heimathloſe ſelbſt bekümmert ſich nicht um die Sache. Dagegen erhebt die Gemeinde A. Beſchwerde bis zum Miniſterium, welches die Beſchwerde für begründet erachtet, weil es die Gemeinde B. für diejenige hält, welcher der Heimathloſe zuzuweiſen iſt. Da das öffentliche Intereſſe die Zuweiſung verlangt, ſo kann ſich das Miniſterium nicht auf die Aufhebung der Zuweiſung beſchränken, es muß vielmehr die Zuweiſung an die Gemeinde B. von Amtswegen ausſprechen. Man kann nicht ſagen, daß in einem ſolchen Falle das Miniſterium den Adminiſtrativſtreit nach dem Geſetze von 1855 einzuleiten habe, da wenigſtens das Geſetz ſelbſt dieß nicht vorſchreibt und in ſo lange, als nicht bekannt iſt, ob die Gemeinde B. nicht hiebei ſich beruhigen will, noch kein Parteienſtreit im Sinne des Geſetzes vorliegt. Nun erſt beſchwert ſich die Gemeinde B. bei dem K. Geheimenrath und behauptet, es ſei die Zutheilung an die Gemeinde A. auszuſprechen. Hiemit iſt die Vorausſetzung der Anwendbarkeit des Geſetzes von 1855 gegeben, ſofern man mit v. Pfaff gegen die Anſicht v. Geßler's überhaupt die

mögliche Anwendbarkeit des Gesetzes von 1855 auf diese Fälle annimmt.

Ebensowenig scheint mir die Ausführung im fünften Bande des Archives die Schwierigkeit zu lösen. Es wird in diesem Aufsatze an der Stelle des Kriteriums, ob sich zwei Parteien gegenüberstehen, das entscheidende Gewicht darauf gelegt, ob ein Erkenntniß als ein der Rechtskraft fähiges angesehen werden kann, so daß es nach erlangter Rechtskraft, sei dieselbe durch Ablauf der Rekursfristen oder Erschöpfung der Rekursinstanzen herbeigeführt, nur auf den Grund neu aufgefundener Beweismittel oder Thatsachen im Wege der Restitution abgeändert werden könnte. Zur Erläuterung dieses Gedankens wird das Beispiel der Zwangsaufnahme in das Gemeindebürgerrecht angeführt und daraus, daß eine Zwangsaufnahme wegen Fehlens des erforderlichen Vermögens heute verweigert worden sein könne, welche später, wenn der Petent z. B. eine Erbschaft erworben habe, nicht mehr verweigert werden könne, der Schluß gezogen, daß dieser Fall nicht unter das Gesetz von 1855 gestellt werden könne.

Mir scheint diese Auffassung der inneren Begründung zu entbehren. In dem angeführten Beispiele ist die erste Abweisung der Rechtskraft unbedingt fähig, in so weit als die Entscheidung überhaupt wirken kann. Sie besagt nur, auf Grund der von dem Petenten angeführten Thatsachen steht demselben ein Recht auf Zwangsaufnahme nicht zu. Sie schließt aber die Möglichkeit nicht aus, daß auf Grund späterer Thatsachen dieses Recht *erworben* — und der richterliche Schutz hiefür angerufen wird. Auch im Civilverfahren ist es ganz selbstverständlich, daß ein Recht, welches aberkannt war, später erworben werden kann und alsdann gerichtlich geschützt wird. Ganz dasselbe trifft in dem angeführten Beispiele zu.

Unzweifelhaft müssen die civilprozessualischen Grundsätze über Rechtskraft der Entscheidungen als im Begriff der Entscheidung liegend auf Administrativrechtsfälle An-

wendung finden; allein es folgt aus denſelben nur ſo viel, daß die ergangenen Erkenntniſſe auf Grund von Thatſachen, welche vor der Entſcheidung eingetreten waren und von der Partei hätten geltend gemacht werden ſollen, außer im Wege der Reſtitution nicht angefochten werden können. Auch iſt es in ſolchen Verwaltungsſtreitigkeiten wegen der nothwendigen Flüſſigkeit der allgemeinen Verwaltungsnormen, z. B. der Ortsbauſtatute oder ſelbſt bei nur veränderten Anſichten leichter denkbar, daß eine frühere Entſcheidung gegenüber derſelben Partei im Falle des Wiederanrufens nicht mehr aufrecht erhalten wird, ſofern hiebei nur die öffentliche Gewalt dem Einzelnen gegenüberſteht und kein Einzelner hiedurch in einem Rechte verletzt wird.

Wenn z. B. auf Grund eines früheren Ortsſtatuts die Bauerlaubniß verweigert und eine Beſchwerde von dem K. Geheimenrath abgewieſen wurde,[25] ſo kann nach Abänderung des Ortsſtatuts daſſelbe Bauvorhaben zu geſtatten und die Verweigerung der Erlaubniß als eine Verletzung des Rechtes des Eigenthümers nach erhobener Beſchwerde aufzuheben ſein. Hiedurch wird aber die Rechtskraft der erſten Entſcheidung nicht alterirt. Es liegt eben ein ganz neuer Fall zur Entſcheidung vor.

Wenn in dem erwähnten Aufſatze ferner bei Erörterung des Falles der Zutheilung eines Heimathloſen darauf Gewicht gelegt wird, daß es ſich hiebei nicht um

---

[25] Der K. Geheimerath nimmt Beſchwerden des Eigenthümers wegen verweigerter Bauerlaubniß inſoweit, als es ſich nicht um Dispenſationsfälle handelt, zur materiellen Prüfung und Entſcheidung an, davon ausgehend, daß, wofern die Verweigerung der Bauerlaubniß in den allgemeinen oder lokalen Baugeſetzen nicht begründet ſei, hierin eine Verletzung des Rechtes des Eigenthümers auf freie Benützung ſeines Eigenthums liege. Der K. Geheimerath entſcheidet in dieſem Falle lediglich als Richter, nicht als Baupolizeibehörde und man erſieht hieraus, ein wie ausgedehnter Rechtsſchutz eben durch die ſogen. Adminiſtrativjuſtiz möglich iſt. Vergl. die folgenden Mittheilungen aus der Rechtſprechung des K. Geheimenrathes.

die Ausmittelung eines bereits bestehenden, sondern eines erst zu schaffenden Rechtes handle, so muß man sich unzweifelhaft damit einverstanden erklären, daß niemals das Verlangen der Verleihung eines Rechtes zum Gegenstand einer Administrativjustizentscheidung gemacht werden kann. Diese Forderung trifft bei allen Administrativjustizsachen zu, mögen sie unter das Gesetz von 1855 fallen oder nicht. Es kann jedoch hieraus bezüglich der Fälle der Bürgeraunahme oder der Zutheilung zu einer Gemeinde, wie überhaupt in einer großen Anzahl von Administrativjustizfällen Nichts gefolgert werden, 1) weil es unter Umständen auch subjektive Rechte auf Erwerbung eines öffentlichen Rechtes gibt und 2) weil nicht selten Beschwerden darauf gestützt werden, daß durch Verleihung eines Rechtes oder durch die Ertheilung einer Staatsgenehmigung ein Recht verletzt sei. So hat der Heimathlose als solcher ein Recht auf Zutheilung, nur noch kein Bürgerrecht in einer bestimmten Gemeinde; derjenige, welcher die Ertheilung eines Bürgerrechtes nachsucht, unter gewissen Voraussetzungen ein Recht auf die Aufnahme. In solchen Streitigkeiten handelt es sich also um den Schutz eines Rechtes, obwohl dieses Recht erst zu Erwerbung eines anderen Rechtes, des Bürgerrechtes, ausgeübt werden muß. Das zu schützende Recht ist allerdings nicht das erst zu erwerbende Bürgerrecht, aber das Recht auf Erwerbung des Bürgerrechtes. Andererseits kann beispielsweise eine Gemeinde durch die Zutheilung oder Zwangsaufnahme sich in dem ihr zustehenden Rechte, ohne das Vorhandensein gewisser Voraussetzungen über die Aufnahme frei zu beschließen, verletzt finden, d. h. es handelt sich auch hier um den Schutz eines bereits bestehenden Rechtes, obwohl der Streit durch die Frage über Erwerbung eines Rechtes entstanden ist.

Wenn sich hieraus ergeben dürfte, daß auch die in dem Aufsatze v. Geßler's an die Spitze gestellten Gesichtspunkte keine größere Sicherheit und Klarheit über

den Kreis der Anwendbarkeit des Gesetzes von 1855 geben, so knüpft sich hieran von selbst die Frage, ob die von dem Gesetze gemachte Unterscheidung der zwei Arten von Administrativjustizsachen überhaupt festzuhalten ist und ich nehme keinen Anstand, diese Frage unbedingt zu verneinen.

Man kann versucht sein, einen richtigen Gedanken in dem Gesetze von 1855 zu finden, wenn man sich an das Wort „Verwaltungsrechtsstreitigkeit" in dem civilprozessualischen Sinne von Rechtsstreit hält, welcher allerdings zwei gleichberechtigte Parteien voraussetzt. Allein es erhellt aus der vorstehenden Ausführung über die Eigenthümlichkeiten der durch eine richterliche Thätigkeit zu entscheidenden Streitigkeiten auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes wohl zur Genüge, daß ohne Rücksicht darauf, ob jene Voraussetzung zutrifft, eine richterliche Entscheidung in allen Fällen gefordert werden muß, in welchen die Verletzung eines subjektiven Rechtes, sei es von einer gleichstehenden Gegenpartei, sei es durch eine Verwaltungsmaßregel, behauptet wird. Ein Streit besteht in dem einen wie in dem anderen Falle. Dieß hat auch die Regierung bei Einbringung des Entwurfes des Gesetzes vom 13. Nov. 1855 selbst anerkannt.

In den Motiven zu dem Entwurfe sind die in der Verwaltung vorkommenden Beschwerden im weitesten Sinne in drei Kategorien eingetheilt:

1) es finde Jemand sein Interesse benachtheiligt, ohne in einem Rechte verletzt zu sein,

2) es finde sich Jemand durch einen Akt der Staatsgewalt in seinem Rechte verletzt,

3) es finde sich Jemand verletzt durch den Beschluß einer Verwaltungsbehörde, mittelst dessen über einen auf das öffentliche Recht sich gründenden Anspruch zwischen zwei oder mehreren Partcien nach vorangegangener Verhandlung entschieden worden sei. Allerdings sagen nun die Motive weiter, im Falle 2) fehle das Merkmal des Kontentiösen, weil keine sich auf gleichem Fuße gegenüber-

stehenden Parteien vorhanden seien. Allein abgesehen davon, daß hiemit der Begriff des Kontentiösen zu eng gezogen ist und ein Streit über ein Recht auch im Falle 2) vorliegt, fügen die Motive selbst bei, daß an sich Nichts im Wege stünde, ein Gesetz über die Rechtsmittel in Administrativsachen auch auf diese Fälle auszudehnen. Wenn sie sodann fortfahren, ein gleiches Bedürfniß zu Erlassung eines die Rechtsmittel regelnden Gesetzes bestehe für diese Fälle nicht, so kann man hierüber sehr wohl anderer Ansicht sein. Wie dem aber auch sei, in diesem Punkte lag keineswegs der bedeutendste Uebelstand. Er lag vielmehr in der Vielheit der Instanzen und der hiedurch entstehenden Verschleppung des größten Theiles der Administrativjustizsachen und ferner in der Unsicherheit der Grenze der Administrativjustiz gegenüber der Verwaltung.

Diese Uebelstände hat aber das Gesetz von 1855 nicht nur nicht beseitigt; vielmehr hat es den ersten Uebelstand noch vergrößert und zu dem zweiten den weiteren hinzugefügt, daß nunmehr noch eine höchst schwierige Abgrenzung zwischen Administrativjustizsachen nach dem Gesetze von 1855 und anderen Administrativjustizsachen nothwendig geworden ist.

Indem das Gesetz von 1855 ein kontradiktorisches Verfahren schon für die Instanz des Oberamtes anordnet, und außer den Fällen, in welchen die Streitsumme den Betrag von 100 fl. nicht übersteigt, den Rekurs an die Kreisregierung, das Ministerium des Innern und den K. Geheimenrath zuläßt, hat dasselbe die Verwaltungsrechtsstreitigkeiten zu einer noch längeren Dauer verurtheilt und die Kosten in namhafter Weise gesteigert.

Es ist sogar in Folge dieses Gesetzes denkbar, daß eine Sache, welche alle diese Instanzen durchlaufen hat, noch einmal in die erste Instanz des Oberamts zurückzuverweisen ist, wenn der Gegenstand sich schon in den früheren Instanzen zur kontradiktorischen Verhand-

lung geeignet hätte, jedoch die Verfügungen wegen Unterlassung derselben sich nur als Verwaltungsverfügungen, nicht als Verwaltungsrechtsentscheidungen darstellen.

Als Aufgaben einer neuen Gesetzgebung scheinen sich mir aus der vorstehenden Ausführung eine Reihe von Forderungen zu ergeben, ohne deren Erfüllung in einem neuen Gesetze meines Erachtens kaum ein Fortschritt gegenüber dem bestehenden Rechtszustande in Württemberg erblickt werden könnte. Wenn ich mir erlaube, dieselben in Folgendem zusammenzufassen, so ist der Zweck lediglich der, hiedurch vielleicht zu weiterer Erörterung dieses Gegenstandes Anregung zu geben.

1) Es muß Jedem, welcher behauptet, in einem subjektiven Rechte verletzt zu sein, sofern nicht die Zuständigkeit des Civilrichters begründet ist, die Anrufung eines Verwaltungsgerichtes offen stehen. [26]

2) Der Verwaltungsgerichtshof ist mit mindestens 5 Richtern zu besetzen, deren öffentlich-rechtliche Stellung derjenigen der Mitglieder der ordentlichen Gerichte gleich ist, und von welchen mindestens zwei zum Richteramt befähigt und zwei aus dem Kreise der Verwaltungsbeamten entnommen sein müssen.

3) Die Abgrenzung der Gegenstände, in welchen dieser Verwaltungsgerichtshof angerufen werden kann, sowohl gegenüber der Jurisdiktion der Civilgerichte, als gegenüber der Verwaltung, ist durch das Gesetz zu bestimmen. Daß der zweckmäßigste und allein sichere Weg, dieß zu thun, die Aufzählung dieser Gegenstände im Einzelnen ist, wird jeder Versuch, hierüber allgemeine Vorschriften zu geben, darthun. Durch Gesetze und Verordnungen, vorzüglich aber durch die Rechtsprechung der Gerichte und die Entscheidungen der Kompetenzkonflikte sind zwar über die

---

[26] Dieß ist schon jetzt bestehendes Recht in Württemberg; vergl. oben Note 8, 9, 21 und die in diesem Hefte begonnenen Mittheilungen aus der Rechtsprechung des K. Geheimenrathes.

Grenzen der civilrichterlichen und Verwaltungsjustiz ausreichende Grundsätze festgestellt und es würde nach dieser Seite genügen, diese Grenzen in dem einen und anderen Punkte, so z. B. bezüglich der Stipendiensachen und einzelner Ansprüche öffentlicher Diener durch das Gesetz zu korrigiren. Anders verhält es sich mit der Abgrenzung gegenüber der Verwaltung, mit anderen Worten, der Feststellung öffentlicher Rechte im subjektiven Sinne, welche den Rechtsschutz genießen sollen. Hiefür ist im Interesse der Rechtssicherheit ebenso wie zum Schutze der freien Bewegung der Verwaltung eine umfassende gesetzliche Regelung geboten, bezüglich welcher das badische Gesetz, der bayer. Gesetzesentwurf nebst den ständischen Verhandlungen hierüber und die Rechtsprechung des K. Geheimenrathes das Material an die Hand geben.

4) Abgesehen von ganz unbedeutenden Fällen, als welche man nach dem Vorgange des Gesetzes von 1855 diejenigen Sachen bezeichnen kann, welche schätzbar sind und keinen höheren Werth als 100 fl. haben, muß jede Klage wegen Verletzung eines Rechtes, soweit der Civilrichter nicht angerufen werden kann, an den Verwaltungsgerichtshof gebracht werden können.

Prinzipiell würde es sich am meisten empfehlen, überhaupt dem Verwaltungsgerichtshofe als einziger Instanz alle Administrativjustizsachen zuzuweisen. Will man aber aus Rücksicht auf die Bequemlichkeit der Rechtsuchenden und zur Vermeidung einer Geschäftsüberbürdung des Verwaltungsgerichtshofes dieß nicht, so muß jedenfalls die Forderung gestellt werden, daß das Gesetz die Zahl der Administrativjustizinstanzen auf zwei beschränkt und daß jede Beschwerde, wenn Ein Erkenntniß ergangen ist, sofort an den Verwaltungsgerichtshof als zweite und letzte Instanz geht. Nach dem Vorgange des badischen Gesetzes würde sich für die bisher im Departement des Innern behandelten Gegenstände, mit Ausnahme einzelner dem Verwaltungsgerichtshofe als einziger Instanz reservirter Sachen, die Uebertragung der Recht-

sprechung in erster Instanz an die Kreisregierungen oder das bei der Verwaltungsorganisation an deren Stelle tretende Organ empfehlen; für die übrigen Gegenstände würde der Rekurs von den Mittelstellen (Centralstelle für Landwirthschaft, Oberrekrutirungsrath, Ablösungskommission, Verwaltungsrath der allg. Gebäudebrandversicherung) [27] unmittelbar an den Verwaltungsgerichtshof zu verweisen sein.

Diejenigen Gegenstände, welche bei dem Verwaltungsgerichte erster Instanz im Departement des Innern oder den Mittelstellen in anderen Departements im Verwaltungsrechtswege zu verhandeln sind, hat das Gesetz zu bestimmen, und diese Ausscheidung kann nicht von dem zufälligen Umstande abhängig gemacht werden, ob sich thatsächlich zwei Parteien gegenüber stehen. In allen anderen Administrativjustizsachen bleibt das Beschwerderecht im Verwaltungswege unverändert. Die Anrufung des Verwaltungsgerichtshofes setzt übrigens die Erschöpfung der Verwaltungsinstanz des Ministeriums voraus.

5) Unabänderlich und der Rechtskraft fähig sind nur die Entscheidungen der Verwaltungsgerichte erster und zweiter Instanz. Gegen die Verfügung eines Ministeriums ist nur binnen der für die Rekurse von dem Verwaltungsgerichte erster Instanz bestimmten Frist von der Eröffnung derselben an die Betheiligten an gerechnet, die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof zulässig. Dagegen sind die Ministerialverfügungen nicht unabänderlich, außer sofern durch sie Einzelnen Befugnisse in unwiderruflicher Weise verliehen sind.

6) Für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichte erster Instanz und dem Verwaltungsgerichtshofe genügt es, den Grundsatz des rechtlichen Gehörs und die Mittheilung

[27] Das Steuerkollegium, die Oberkirchen- und Oberschulbehörden, die Oberfinanzkollegien sind die unmittelbaren Vertreter der öffentlichen Interessen wie die Ministerien; ihre Entschließungen sind daher, wenn sie auch sachlich vorbehältlich einer Beschwerde entscheiden, keine Administrativjustizentscheidungen.

von Entscheidungsgründen zu verlangen, Forderungen, welche auch da, wo nur Eine Partei der Staatsgewalt als solcher gegenübersteht, ihre Bedeutung haben.

Die Einführung der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens nach dem Vorgange in Baden wird einer weiteren besonderen Erwägung bedürfen.

7) Die Aufhebung des Gesetzes von 1855 ergibt sich hieraus von selbst, wie es auch als wünschenswerth erscheint, die in einzelnen Gesetzen enthaltenen singulären Bestimmungen über Beschwerden in Administrativjustizsachen zu beseitigen und dieselben ohne Ausnahme dem allgemeinen Gesetze zu unterstellen.

II.

Fragmente.

Mittheilungen aus der Rechtsprechung des K. Geheimenrathes in Administrativjustizsachen.

Von Staatsrath Dr. Sarwey.

1) Die Zulassung eines hiezu an sich nicht befähigten Kandidaten zu einem Gemeindedienste im Wege der Dispensation ist nicht Gegenstand der Verwaltungsrechtspflege. (Vergl. oben S. 192 III, Z. 1).

Auf die Beschwerde eines oberamtsgerichtlichen Revisionsassistenten wegen Nichtgenehmigung seiner Wahl zum Verwaltungsaktuar durch die Kreisregierung und das K. Ministerium des Innern faßte der K. Geheimerath unter dem 2. Oktober 1869 den Beschluß: „Da dem Be-

schwerdeführer in Ermangelung der gesetzlichen Befähigung (Verw.-Edikt, §. 33, K. V.O. vom 10. Febr. 1837) keinerlei Ansprüche, auch nur auf einstweilige Zulassung zur Bekleidung der ihm von dem Gemeinderath übertragenen Stelle eines Verwaltungsaktuars zustehen, die Ertheilung von Dispensationen aber dem Geschäftskreis des K. Geheimenrathes überhaupt nicht angehöre, so sei das Gesuch ab- und zurückzuweisen."

2) Der K. Geheimerath ist nur oberste Verwaltungsjustizbehörde, keine den Ministerien vorgesetzte Dienstbehörde. Anträge auf Dienstentlassung im Wege des §. 47 der Verf.-Urk. können nur von den vorgesetzten Dienstbehörden gestellt werden. Die verfassungsmäßige Begutachtung des K. Geheimenrathes setzt den Antrag einer Dienstbehörde voraus.

Die Mitglieder eines Gemeinderathes und Bürgerausschusses hatten sich geweigert, an den Sitzungen dieser Kollegien Theil zu nehmen, wenn nicht ein Mitglied des Gemeinderathes, gegen welches der Bezücht betrügerischer Handlungen vorlag, aus dem Kollegium entfernt werde. Nach Einstellung der gerichtlichen Untersuchung legte das Oberamt die Akten der Kreisregierung vor, da es sich nur davon handeln könne, ob gegen dieses Mitglied die Entlassung im Wege des §. 47 der Verf.-Urk. einzuleiten sei. Auf Grund der eingeleiteten Untersuchung lehnte die Kreisregierung den Antrag auf Entlassung ab. Eine gegen die Nichteinleitung der Entlassung gerichtete, bei dem Ministerium des Innern angebrachte Beschwerde wurde auch von diesem abgewiesen, wogegen nunmehr 7 einzelne Mitglieder des Gemeinderathes durch einen Rechtsanwalt Beschwerde bei dem K. Geheimenrath erhoben. Diese Beschwerde wurde durch Beschluß des K. Geheimenrathes vom 29. Juli 1869 als unstatthaft zurückgewiesen, da die Einleitung des Entlassungsverfahrens gegen Gemeinde-

rathsmitglieder lediglich Sache der ihnen vorgesetzten Aufsichtsbehörden, nicht des eine dem K. Ministerium des Innern vorgesetzte Dienstbehörde nicht bildenden Geheimenrathes und den Gemeinderäthen nirgends in dieser Hinsicht ein selbstständig geltend zu machendes Recht eingeräumt sei.

In gleicher Weise war unter Hinweisung darauf, daß der K. Geheimerath keine oberaufsehende Behörde ist und nur, wenn von der betreffenden Kollegialstelle ein Antrag auf Entlassung eines Dieners im Wege des §. 47 der Verf.-Urk. gestellt ist, sich darüber gutächtlich zu äußern habe, eine Beschwerde des R.-A. N. durch Beschluß vom 24. Mai 1862 zurückgewiesen worden.

3) Zurückweisung einer Beschwerde wegen Nichtzulassung zur zweiten höheren Dienstprüfung im Departement der Justiz im Wege der Dispensation. (S. 192 III, Z. 1).

Die Beschwerde eines Regiminalkandidaten, welcher nach Erstehung der niederen Dienstprüfung im Departement des Innern im Wege der Dispensation von den Vorschriften der K. V.O. vom 1. Febr. 1837, betr. die Dienstprüfungen im Departement des Innern zu der zweiten höheren Regierungsdienstprüfung zugelassen worden war, ohne daß er dieselbe mit Erfolg bestanden hätte und dessen später wiederholte Bitten um nochmalige Zulassung von dem Ministerium des Innern zweimal abgewiesen worden waren, wurde durch Beschluß des K. Geheimenrathes vom 22. Febr. 1856 als unstatthaft zurückgewiesen, da der Beschwerdeführer nur im Wege der Dispensation wiederholt zur zweiten höheren Dienstprüfung im Departement des Innern zugelassen werden könnte, darnach ein Rechtsanspruch auf diese Zulassung überall nicht bestehe.

4) Beschwerden an den K. Geheimenrath wegen Nichtertheilung der Dispensation von der Minderjährigkeit sind unstatthaft. (S. 192 III, Z. 1).

Auf die Beschwerde des Bauern G. C. H. von M. wegen verweigerter Minderjährigkeitsdispensation faßte der

K. Geheimerath unter dem 12. Sept. 1853 den Beschluß, dieselbe zurückzuweisen, da der Geheimerath als oberste Verwaltungsjustizbehörde für derlei Dispensationsgesuche nicht zuständig sei, indem ein Rechtsanspruch auf Dispensation einem Minderjährigen nirgends zustehe. In gleicher Begründung wurden weitere Beschwerden wegen Verweigerung der Dispensation von der Minderjährigkeit durch Beschlüsse des K. Geheimenrathes vom 17. Dez. 1850, 31. März 1851, 25. Mai 1853 zurückgewiesen.

5) Beschwerden an den K. Geheimenrath wegen Verweigerung der Lotterie-Erlaubniß sind unstatthaft. (S. 192 III, Z. 1).

Auf die im Rekurswege angebrachte Bitte des Schreiners J. S. von A. um die Erlaubniß zur Verwerthung seiner Fabrikate im Wege der Lotterie beschloß der K. Geheimerath unter dem 18. April 1850 das für den Wirkungskreis des K. Geheimenrathes als Rekursstelle für Rechtsstreitigkeiten in Verwaltungssachen ungeeignete Gesuch zurückzuweisen.

6) Zurückweisung der Beschwerde gegen eine Ministerialverfügung, welche die Betretung des Civilrechtsweges offen gelassen hat. (S. 192 II, Z. 5).

Der Werkmeister S., welcher einen Theil seines Wohnhauses durch Miethvertrag mit der Polizeibehörde der Polizeiwache zur Benützung überlassen hatte, glaubte bei Beendigung der Miethe wegen großer Beschädigung des Lokales einen Entschädigungsanspruch machen zu können, wurde aber mit demselben im Verwaltungswege auch von dem Ministerium des Innern mit dem Anfügen abgewiesen, daß es ihm überlassen bleibe, falls er auf seinem Anspruch beharren wollte, denselben bei dem Civilrichter zu verfolgen. Die hiegegen erhobene Beschwerde wurde von dem K. Geheimenrath durch Beschluß vom 15. Dez. 1849

zurück- und der Beschwerdeführer mit seinem Anspruch, falls er denselben zu verfolgen gemeint sei, an die Civilgerichte verwiesen, da der K. Geheimerath nur insoweit die zuständige Rekursbehörde gegen Verfügungen der Ministerien sei, als es sich von einem Anspruche handle, den der Beschwerdeführer entweder auf ein bestimmtes Gesetz oder auf einen besonderen Rechtstitel stütze, welcher nicht privatrechtlich sei. [1]

7) Zurückweisung der Beschwerde gegen eine Ministerialverfügung, welche die Betretung des Civilrechtsweges offen gelassen hat. (S. 192, Z. 5).

An der nach A. führenden Staatsstraße von C. befinden sich mehrere Alleen von Pappel- und Lindenbäumen. Die letzteren stehen jenseits des Straßengrabens, und die Kreisregierung hatte unter der auf den Inhalt älterer Akten gestützten Annahme, daß auch an die Lindenallee den Güterbesitzern keine Eigenthumsansprüche zustehen, gegen den Wunsch einer theilweisen Entfernung dieser Bäume, den die Güterbesitzer geltend gemacht hatten, das Ausästen unter Verfügung über das abfällige Holz angeordnet. In einer an das Ministerium des Innern gerichteten Eingabe erhoben 21 Güterbesitzer eine Beschwerde

[1] Es wäre vielleicht zutreffender gewesen, die Gründe der Zurückweisung dahin zu formuliren, daß der fragliche Anspruch ein privatrechtlicher sei, über welchen im Streitfalle nur die Civilgerichte zu entscheiden haben und daß eine Beschwerde gegen die von dem Ministerium lediglich in der Eigenschaft als Dienstaufsichtsbehörde ergangene Verwaltungsmaßregel bei dem Geheimenrathe unstatthaft sei, weil derselbe keine Dienstaufsichtsbehörde bilde. Die Unterscheidung, ob der Titel, auf welchen ein Anspruch gestützt werde, ein privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Titel sei, hat nicht zum geringsten Theile die Verwirrung in der Lehre von der Kompetenzgrenze zwischen Civil- und Administrativjustiz verschuldet. Nicht der Titel, nur die Natur des Individualrechtes kann ein sicheres Kriterium bilden, wie namentlich die Fälle, in welchen über öffentlich-rechtliche Verhältnisse Verträge abgeschlossen werden, darthun.

hiegegen, indem sie das Eigenthum an den Lindenbäumen zu haben behaupteten und für sich die Befugniß zum Ausästen und die Verfügung über das abfällige Holz insolange, bis die Straßenbaukasse das Eigenthumsrecht auf gerichtlichem Wege erwiesen haben werde, beanspruchten. Gegen die unter eingehender Motivirung auf Grund der Akten ergangene Verfügung des Ministeriums, daß dasselbe die erhobenen Ansprüche nicht anzuerkennen wisse, erhoben dieselben weitere Beschwerde bei dem K. Geheimenrathe, welcher hierauf unter dem 29. April 1848 den Beschluß faßte, dieselbe als unzulässig zurückzuweisen und den Beschwerdeführern zu überlassen, falls sie den gedachten rein privatrechtlichen Anspruch weiter zu verfolgen für gerathen halten sollten, denselben im gerichtlichen Wege geltend zu machen, da das K. Ministerium des Innern über den Eigenthumsanspruch der Rekurrenten an die in Frage stehende Lindenallee keinerlei Entscheidung gegeben, sondern lediglich nur ausgesprochen habe, daß die Straßenbauverwaltung diesen Anspruch nicht anzuerkennen vermöge, ein Rekurs an den K. Geheimenrath aber nur gegen wirkliche Verfügungen oder Entscheidungen der K. Ministerien stattfinde.

8) Abweisung eines Antrages auf die Erläuterung einer Vorschrift des Kriegsdienstgesetzes vom 12. März 1868 in ihrer Anwendung auf Staatsdiener. Die dem K. Geheimenrath durch §. 60, Z. 1 der Verf.-Urk. zugewiesene Amtsgewalt ist auf die Rechtsprechung im einzelnen Falle beschränkt.

Ein wegen Nichteinhaltung der Kontrolevorschriften des Kriegsdienstgesetzes vom 12. März 1868 um 1 fl. gestrafter Bureauassistent bei der K. Eisenbahndirektion stellte mit Eingabe vom 11. März 1870 an den Geheimenrath die Bitte um Entscheidung, ob die Staatsdiener im Allgemeinen während ihres Dienstverhältnisses landwehrpflichtig,

eventuell zu Einhaltung der Kontrolevorschriften verbunden seien. Mittelst Erlasses an die Eisenbahndirektion vom 19. März 1870 wurde diese Behörde beauftragt, den Exhibenten in geeigneter Weise darüber zu verständigen, daß der K. Geheimerath in seiner Eigenschaft als oberste Administrativjustizbehörde zur Erörterung und Entscheidung der Frage über die Verbindlichkeit der Staatsdiener zu Erfüllung der Landwehrpflicht im Allgemeinen nicht berufen, vielmehr nach Art. 44 des Kriegsdienstgesetzes nur kompetent sei, bei Streitigkeiten über die Anwendung des Gesetzes in einem bestimmten einzelnen Fall über die gegen eine Verfügung des K. Oberrekrutirungsrathes erhobene Beschwerde in oberster Instanz zu erkennen.

9) Der K. Geheimerath urtheilt nur über Beschwerden gegen Verfügungen der Ministerien. (S. 191 II, Z. 3).

Durch Beschluß vom 14. Dez. 1863 wurde eine in erster Linie wegen angeblicher unberechtigter Schmälerung von Gemeindenutzungen bei dem K. Geheimenrathe eingereichte Beschwerde als zur Zeit an den Geheimenrath nicht erwachsen zurückgewiesen, da nach §. 60 der Verf.-Urkunde im Rekurswege nur Beschwerden gegen Verfügungen der Ministerien an den K. Geheimenrath gebracht werden können, im vorliegenden Fall aber nicht einmal angezeigt sei, daß eine den Rekurenten beschwerende ministerielle Entscheidung getroffen worden sei.

10) Zurückweisung der Beschwerde eines Gewerbekonkurrenten gegen die Uebertragung eines Gemeindeamtes an einen Gewerbe-Genossen. (S. 192 III, Z. 1).

Das Oberamt C. hatte zuerst Bedenken getragen, die Wahl eines Schreiners zum Leichenschauer in der Gemeinde B. zu bestätigen, da Schreiner nach vor-

liegenden Bestimmungen nicht zu Leichenschauern gewählt werden sollen, beschloß übrigens auf eine Vorstellung des Kirchenkonventes die Wahl nicht weiter zu beanstanden, unter dem ausdrücklichen Vorbehalt, soferne sich gegründete Anstände in Beziehung auf die gewerblichen Verhältnisse der Schreiner ergeben sollten, eine andere Wahl anzuordnen. Im folgenden Jahre beschwerte sich der Schreiner C. E. bei dem Oberamt, daß er hiedurch gänzlich brodlos geworden sei und bat, einen anderen Leichenschauer aufzustellen. Das Oberamt entsprach dem zuerst abgewiesenen, im folgenden Jahre erneuerten Gesuche, in welchem namentlich geltend gemacht war, daß die Ministerialerlasse vom 29. Sept. 1827 und 14. Juli 1832 die Uebertragung des Amtes eines Leichenschauers nur an einen Sachverständigen, namentlich einen Chirurgen, vorschreiben und nur in Ermangelung eines solchen die Aufstellung eines Anderen in provisorischer Eigenschaft zulassen. Gegen diesen Beschluß seiner Entlassung erhob nun der im Amt befindlich gewesene Leichenschauer Beschwerde bei der K. Kreisregierung, welche seiner Bitte um Belassung entsprach, weil der oberamtliche Vorbehalt bei seiner Bestätigung unzulässig gewesen sei und der Umstand, daß E. gewerbliche Nachtheile aus der Bestellung eines anderen Schreiners als Leichenschauer erleiden könne und daß aus medizinalpolizeilichen Gründen die Aufstellung eines Sachverständigen wünschenswerth wäre, keinen Grund abgebe, die Aufstellung eines anderen Leichenschauers anzuordnen. Die hiegegen von dem Schreiner E. erhobene Beschwerde bei dem Ministerium des Innern wurde aus den Gründen der K. Kreisregierung abgewiesen, worauf derselbe weitere Beschwerde bei dem K. Geheimenrath erhob, in welcher er sich darauf berief, daß eine Ministerialvorschrift bei Aufstellung seines Gegners nicht beobachtet worden sei und jedem Staatsbürger das Recht der Anzeige in einem solchen Falle zukomme, „daß er zudem glaube, das Recht zu klagen als ein im Gewerbe Vernachtheiligter

zu haben." Durch Beschluß des K. Geheimenrathes vom 14. Juni 1856 wurde die Beschwerde gegen die angefochtene Ministerialentschließung zurückgewiesen, da die allgemeine Behauptung, als sei eine die Verwaltungsstellen berührende gesetzliche Vorschrift nicht gehörig beachtet worden, zunächst nur vor die höhere Verwaltungsstelle, nicht aber vor den K. Geheimenrath sich eigne, dieser vielmehr bei Rekursen gegen Verfügungen der Departements-Chefs nur dann zuständig sei, wenn der Beschwerdeführer seinen Anspruch auf Aenderung einer solchen Verfügung darauf stütze, daß er selbst hiedurch in einem bestimmten, auf den Grund eines bestimmten Gesetzes oder aus einem besonderen nicht privatrechtlichen Rechtstitel angeblich zustehenden Rechte verletzt sei, während der Rekurrent in dem vorliegenden Fall ein solches in seiner Person begründetes Recht nicht zu bezeichnen vermocht habe.

11) Abweisung der Beschwerde gegen eine Ministerialverfügung, durch welche von Aufsichtswegen ein die Umlage des Defizits der Stiftungspflege auf die Kirchspielsgenossen verfügender Stiftungsrathsbeschluß für zulässig erklärt wurde. (S. 191 II, Z. 3 u. 5).

In der aus mehreren Orten zusammengesetzten evangelischen Kirchengemeinde W. wird in Gemäßheit eines von den Vorstehern der Kirchspielorte im Jahre 1808 gefaßten Beschlusses von jedem in das Kirchspiel neueintretenden Bürger oder Beisitzer eine Abgabe als Beitrag zu den Kirchengemeindekosten erhoben, welche bis zum Jahre 1836 der Regel nach auf 4 fl. für einen Mann, und 1 fl. für eine Frauensperson festgesetzt war. Durch Beschluß des Stiftungsrathes von W. vom 21. Nov. 1836 wurde der Betrag der Abgabe dahin geändert, daß künftig bis auf 100 fl. Vermögen 30 kr. und von jedem weiteren 100 fl. 15 kr. eingezogen werden sollen. Die Regierung des Neckarkreises, welche hievon erst aus Anlaß eines Ab-

hörrezesses zu der Stiftungsrechnung pro 1848/49 Kenntniß erhielt, versagte dem stiftungsräthlichen Beschlusse die Genehmigung, weil sie denselben mit den bestehenden gesetzlichen Bestimmungen nicht vereinbar fand. Auf die von dem Stiftungsrathe hiegegen erhobene Beschwerde wurde von dem Ministerium des Innern durch Entschließung vom 26. Jan. 1854 die fragliche Abgabe an sich und in dem durch den Stiftungsrath bestimmten Betrag für zulässig erklärt und die Regierungsverfügung außer Wirkung gesetzt. In Folge der Weigerung einzelner Parochianen, die im Rückstande gebliebene Abgabe zu bezahlen, erhob sodann der Stiftungsrath in W. unter dem 26. Jan. 1864 Klage gegen dieselben bei dem Oberamt B.; vor Erledigung der zwischen den Parteien in Verhandlung gesetzten Klage reichte jedoch der Bevollmächtigte der beklagten Parochianen mit Eingabe vom 20. Jan. 1870 eine Beschwerde gegen die Ministerialverfügung vom 26. Jan. 1854 ein, in welcher er ausführt, daß das von dem Stiftungsrath zur Begründung seines Anspruches geltend gemachte Herkommen im Sinne der Kommunordnung, Kap. 7, §. 13, zweifelhaft sei und die Befugniß der Stiftungsräthe, die Kirchengenossen für die Kirchengemeinde zu besteuern, zumal in einer ganz willkührlichen und unbilligen Art der Veranlagung zu besteuern, zu verneinen sei. Es wurde um Aufhebung der Verfügung des Ministeriums des Innern und eventuell um Anordnung der Umlage nach dem Steuerfuß gebeten, worauf unter dem 28. Juni 1870 von dem K. Geheimenrath folgender Beschluß gefaßt wurde: In seinem Bescheid vom 26. Jan. 1854 habe das Ministerium des Innern um so weniger einen Grund gehabt, die Rechtsbeständigkeit des behaupteten Herkommens in der Kirchengemeinde W. hinsichtlich der Beitragspflicht der Parochianen zur Deckung des Defizits der Kirchspielspflege und damit die Verbindlichkeit dieses Herkommens für die einzelnen Kirchspielsgenossen einer näheren Prüfung zu unterwerfen, als dieses Herkommen nach der damaligen Aktenlage von

keiner Seite beanstandet gewesen sei. Noch weniger habe das K. Ministerium des Innern, indem es sich über den Beschluß des Stiftungsrathes vom 21. Novbr. 1836 im Verwaltungswege dahin ausgesprochen, daß es denselben von Oberaufsichtswegen nicht zu beanstanden habe, damit gemeint sein können, über die verbindliche Kraft des behaupteten und von dem Ministerium als bestehend angenommenen Herkommens für die einzelnen Kirchspielsgenossen eine Entscheidung im Administrativjustizwege zu geben, zumal eine solche allererst eine Verhandlung mit den damals nicht gehörten Kirchspielsgenossen vorausgesetzt hätte; könne hiernach die Verfügung des K. Ministeriums des Innern vom 26. Jan. 1854 die Kirchspielsgenossen der Kirchengemeinde W. um so weniger hindern, alle ihnen zustehenden Rechtszuständigkeiten gegen die von ihnen angefochtene Rechtsbeständigkeit dieses Herkommens vor der Administrativjustizstelle geltend zu machen, als dieselben an den früher dießfalls gepflogenen Verhandlungen gar nicht Theil genommen haben, so vermöge man dieselben durch den gedachten Bescheid, der lediglich die Bedeutung gehabt, die von der Regierung des Neckarkreises verfügte Sistirung der seitherigen Uebung als eine mit den Gesetzen unvereinbare außer Wirkung zu setzen, nicht für beschwert zu erachten. Man wolle demgemäß die erhobene Beschwerde und das Gesuch der Rekurrenten, die Verfügung des K. Ministerium des Innern als nicht zu Recht bestehend aufzuheben, insoweit als unbegründet zurückgewiesen, den Rekurrenten aber für die Verhandlung im Verwaltungsrechtsweg alle Einreden vorbehalten haben, die sie gegen das behauptete Herkommen etwa geltend zu machen im Stande sein sollten. Die weitere Bitte der Rekurrenten, zu verfügen, daß durch Umlage nach dem Staatssteuerfuße das Defizit zu decken sei, werde demgemäß als nicht an den Geheimenrath erwachsen in die Instanz des Oberamtes verwiesen.

12) Zurückweisung der Beschwerde gegen eine auf Eintheilung eines Waldes in einen Gemeindeverband gerichtete, als Verwaltungsmaßregel bezeichnete Ministerialverfügung. (S. 192 II, Z. 5).

Zwischen den Markungen der Orte Hohenberg, Dorfen und Unterriffingen finden sich zwei Staatswaldungen Ungnad, wovon die eine dem Staat als Nachfolger des deutschen Ordens zugehört, die andere, die sog. Bopfinger Ungnad, durch Kauf von der Stadt Bopfingen im Jahre 1839 auf den Staat überging. Durch beide Walddistrikte zieht die Vizinalstraße von Neresheim nach Bopfingen. Bei dem Verkauf des Waldes wurde über die Markungsverhältnisse ebenso wenig, als über die Wegunterhaltung eine Bestimmung getroffen. Die Staatsfinanzverwaltung unterhielt den Weg seit 1839. In Vollziehung des Gesetzes vom 18. Juni 1849 über Ausdehnung des Gemeindeverbandes wurde der von dem deutschen Orden herkommende Wald der Gemeinde Unterriffingen zum Gemeindemarkungsverband einverleibt. Der Bopfinger Ungnadwald war bei der Landesvermessung und bei der Anlegung des Güterbuches auf oberflächliche Verhandlungen hin als zur Hohenberger Markung gehörig behandelt worden. Das Forstamt behauptete jedoch im Widerspruch mit Bopfingen ein eigenes Markungsrecht und verlangte Zutheilung zu Unterriffingen, wogegen wegen der Wegbaulast, namentlich des Schneeschäufelns, dieser Ort protestirte. Auf Grund der hierüber gepflogenen Verhandlungen wurde von der Kommission für Vereinigung des Gemeindeverbandes am 3. Dezbr. 1852 ausgesprochen, daß der Wald rechtlich nicht als exemt, mithin nicht als erst einzuverleibendes Staatsgut anzusehen und die beantragte Veränderung des Markungsverhältnisses anderwärts anzubringen sei. Der Ort Hohenberg wandte sich nun an das Oberamt mit der Bitte, den

Wald bei Bopfingen zu belaſſen, wohin er vor dem Kaufe von 1839 gehört habe. Hiegegen verwahrte ſich Bopfingen unter Berufung auf die von Hohenberg erfolgte Anerkennung des Primärkataſters. Auf Grund des letzteren erklärte das Oberamt am 13. Okt. 1862 die Parzelle Hohenberg für verbunden zu Unterhaltung des Weges unter Anſatz einer Sportel von 10 fl. Die hiegegen von Hohenberg erhobene Beſchwerde machte geltend, weder Hohenberg noch Bopfingen ſeien als Kläger aufgetreten, ſie beſtreiten beide gleichmäßig die Markungszugehörigkeit des Waldes. Am 3. Juli 1865 erkannte die K. Kreisregierung gegen Bopfingen, wogegen Bopfingen in der Beſchwerde an das K. Miniſterium des Innern ausführte, daß der Wald vor 1803 eine württembergiſche Enclave mit eigener Markung, jedenfalls keinen Theil der entfernten Bopfinger Markung gebildet habe. Nach der von dem Miniſterium des Innern verfügten Vernehmung der Gemeinde Unterriffingen und der Staatsfinanzverwaltung erkannte das Miniſterium des Innern unter dem 5. April 1870, daß der Wald, ohne eine eigene Markung für ſich zu bilden, bisher einer beſtimmten Ortsmarkung nicht angehört habe, daß ſie aber in Gemäßheit des §. 1 des Verwaltungsediktes einer beſtehenden Markung ſich anzuſchließen habe. Hiegegen wurde von dem Gemeinderath in Unterriffingen Beſchwerde an den K. Geheimenrath deßhalb erhoben, weil hiedurch die Möglichkeit gegeben ſei, daß der Wald dieſer Gemeinde zugetheilt werde. Hierin liege eine Verletzung, da der Wald einer beſtimmten Markung längſt angehöre. Durch Beſchluß vom 16. Aug. 1870 wurde die Beſchwerde mit folgender Begründung zurückgewieſen: In Betracht, daß 1) der Staatsverwaltung die Befugniß unzweifelhaft zukomme, auf angemeſſene Eintheilung der Grundſtücke in die Gemeindemarkungen, bezw. in den Gemeindeverband hinzuwirken, 2) das K. Miniſterium des Innern in ſeiner Verfügung vom 5. April 1870 zwar über die Markungsverhältniſſe des Staatswaldes Bopfinger Ungnad ſich aus-

gesprochen, dieser Ausspruch aber als eine im Verwaltungswege erlassene Verfügung ausdrücklich bezeichnet und vorerst nur die amtliche Einleitung dazu, daß der fragliche Wald einer bestehenden Markung angeschlossen werde, verfügt habe, mithin 3) zur Zeit eine Verfügung gegenüber der Beschwerdeführerin nicht getroffen, vielmehr durchaus ungewiß sei, ob der Wald in die Gemeindemarkung Unterriffingen werde eingetheilt werden und ob auch zutreffendenfalls für die Gemeinde hieraus ein Nachtheil entstehen würde, welcher sie zutreffendenfalls zum Widerspruch noch fernerhin veranlassen könnte, derselben aber selbstverständlich gegenüber der Verfügung vom 5. April 1870 alle Rechtszuständigkeiten vorbehalten bleiben, sei die beschwerdeführende Gemeinde zur Zeit in einem Rechte nicht als verletzt zu erachten.

13) Zulässigkeit einer Beschwerde an den K. Geheimenrath wegen Verweigerung der Ausstellung des nach Art. 52 der Gewerbeordnung vom 12. Febr. 1862 zum Betrieb der in Art. 51 genannten Gewerbe außerhalb des Niederlassungsortes erforderlichen persönlichen Ausweises.[2]

In Art. 52 des Entwurfes der neuen Gewerbeordnung war bestimmt, daß die Ausübung eines Hausirgewerbes, für welches eine staatspolizeiliche Genehmigung erforderlich ist, in einer Gemeinde, in welcher der Hausirer seinen Wohnsitz nicht hat, die Konzessionirung zum Hausirgewerbe im Allgemeinen durch die zuständige Regierungsbehörde voraussetze. Der Art. 52 des Gesetzes vom 12. Febr. 1862, durch welchen nach den Beschlüssen der Stände der Art. 51 des Entwurfes ersetzt wurde, lautet: Derjenige, welcher außerhalb seines Niederlassungsortes eines der in

[2] Vergl. die Verfügung des Ministeriums des Innern vom 1. Mai 1865, betr. den Hausirhandel (R.Bl. S. 120).

Art. 50 aufgeführten Gewerbe betreiben will, bedarf hiezu eines von dem Oberamte seiner Heimathgemeinde auszustellenden persönlichen Ausweises. Personen von gutem Prädikate, von welchen ein Mißbrauch dieses Ausweises insbesondere zum Bettel nicht zu befürchten ist, und deren Heimathrecht keinem Zweifel unterliegt, wird die Ausstellung dieses Ausweises nicht versagt werden. Hiemit ist den Staatsbürgern, sofern sie im Besitze eines guten Prädikates sind, ein Recht auf Ausstellung dieses persönlichen Ausweises eingeräumt. Demgemäß hat der K. Geheimerath die Beschwerde des N. Br. von U., OA. E., wegen Entziehung eines Hausirausweises materiell gewürdigt. Dem Beschwerdeführer, welcher eine Vorstrafe wegen Diebstahls erstanden hatte, war der zum Betrieb des Hausirgewerbes erforderliche Ausweis zuerst in Unkenntniß über seine Vorstrafe ertheilt, auch nach Kenntnißnahme von der erstandenen Vorstrafe auf ein Jahr verlängert, bald darauf aber aus Anlaß eines Gesuches um Erlaubniß zum Vorzeigen der Mißgeburt eines Lammes zurückbehalten und zurückgezogen worden. In den deßhalb bei der Kreisregierung und dem Ministerium des Innern erhobenen Beschwerden berief sich derselbe darauf, daß die rechtlichen Folgen der erstandenen Strafe nach Art. 18 des Gesetzes vom 13. Dez. 1849 verjährt seien. Er wurde jedoch von der Kreisregierung und dem Ministerium des Innern unter Hinweisung auf das noch durch eine weitere Thatsache begründete ungünstige Prädikat abgewiesen. Unter dem 10. Dez. 1864 beschloß der K. Geheimerath gleichfalls die Abweisung der Beschwerde, da Rekurrent in keinem Rechte verletzt erscheine, wenn die Polizeibehörde in der Vorstrafe wegen Diebstahls nach Maßgabe des Art. 52 der Gewerbeordnung einen Grund gefunden, ihm den früher ohne Kenntniß jenes Vorganges, bezw. ohne Beachtung desselben ertheilten und verlangten Ausweis wieder zu entziehen.

14) Zum Begriff des Hausirhandels nach Art. 50 u. f. der Gewerbeordnung vom 12. Februar 1862.[3] Einspruchs- und Beschwerderecht ansässiger Gewerbetreibenden gegen Zulassung eines Ausländers zum Hausirhandel.

Dem Handelsmann M. W. aus Breslau war von dem Oberamte St. ein Hausirausweis auf 3 Monate zum Handel mit Leinwand ausgestellt worden. Nach ungehindertem Geschäftsbetrieb in St. kam derselbe nach E. und kündigte dort durch besondere in der ganzen Stadt vertheilte Zettel einen „schleunigen Ausverkauf von Leinwand und halbleinenen Waaren auf 3 Tage im Gasthof zum Adler" an. Auf eine Vorstellung der Kaufleute der Stadt E. verfügte das betr. Oberamt, daß dem M. W., da er nur zum Hausirhandel berechtigt sei, nicht zustehe, seine Waaren in einem besonderen Verkaufslokal außer der Meß- und Marktzeit zum Verkauf anzubieten; er dürfe nach Art. 50 der neuen Gewerbeordnung vielmehr von der ihm ertheilten Hausirerlaubniß nur in der Art Gebrauch machen, daß er mit seinen Waaren auf die Straßen und in die Häuser der Stadt sich begebe, um sie dort feil zu bieten. Im Wesentlichen aus denselben Gründen bestätigte die Kreisregierung auf erhobene Beschwerde diese oberamtliche Verfügung, wogegen sie durch Ministerialverfügung vom 13. Jan. 1863 außer Wirkung gesetzt wurde, in Erwägung, daß Rekurent die Berechtigung zum Hausirhandel erhalten und zur Ausübung desselben nach Art. 50 der neuen Gewerbeordnung nur ein Feilbieten von Waaren in den Häusern, keineswegs aber weiter gehöre, daß auch die Waaren von dem Hausirer in die Häuser getragen werden, überdieß aber Art. 136 der Gewerbeordnung von 1836,

[3] Vergl. die Verfügung des Ministeriums des Innern vom 12. Juni 1865 betr. den Hausirhandel (R.Bl. v. 1865, S. 120 u. f.)

welcher den Hausirern die Unterhaltung von Waarenlagern in Wirthshäusern oder Privathäusern untersagt habe, durch das neue Gesetz aufgehoben worden sei. Die Kaufleute in E., welchen diese Ministerialverfügung von dem Oberamte unter Rekursbelehrung nach Art. 66 der Gewerbeordnung eröffnet worden war, führten unter Wahrung der Fristen des Gesetzes vom 13. Nov. 1855 Beschwerde hiegegen bei dem Geheimenrathe aus, indem sie unter Berufung auf den Inhalt der Gewerbeordnung und auf die Anwendung der Grundsätze der Reciprocität behaupteten, das in den früheren Instanzen ergangene Verbot sei im Rechte begründet gewesen und sie mithin durch dessen Aufhebung in einem Rechte verletzt, da ihnen hiedurch eine im Hinblick auf ihre Steuerlast ganz ungleiche Konkurrenz erwachsen sei. In formeller Beziehung ist in dem Vortrage des Referenten bemerkt, daß die Beschwerde an den K. Geheimenrath erwachsen sei und dieser zu prüfen haben werde, ob die Rekurrenten durch die angefochtene Verfügung in einem ihnen zustehenden Rechte verletzt seien, sowie, daß die Beschwerde in Anwendung des Art. 66 der Gewerbeordnung unter Art. 1, Abs. 1 des Gesetzes vom 13. Nov. 1855 falle, da die Rekurrenten ein ihnen zustehendes Einspruchsrecht geltend machen und den Streit von ihrer Seite als Parteienstreit selbst bezeichneten. In der Sache selbst sprach der K. Geheimerath unter Ansetzung einer Sportel von 3 fl. [4] durch Beschluß von dem 29. Mai 1863 aus,

---

[4] Vom Standpunkte der Gewerbeordnung aus, welche auf dem Grundsatze der Gewerbefreiheit ruht, lassen sich wohl Bedenken gegen den Sportelansatz erheben. Die Beschränkungen in irgend welchem Gewerbebetrieb haben ihren Grund nach Anerkennung des Grundsatzes der Gewerbefreiheit durchaus in den Rücksichten des öffentlichen Wohles, nicht in einem subjektiven Rechte von Gewerbetreibenden, welche durch die Konkurrenz sich in ihren Interessen verletzt glauben. Es trifft daher bei Streitigkeiten hierüber ganz vorzüglich der Abs. 2 des Art. 1 des Gesetzes von 1855 zu, welcher solche Fälle von der Unterstellung unter das Gesetz ausschließt, wie auch der K. Geheime-

daß die Rekurrenten durch die angegriffene Verfügung in einem ihnen zustehenden Rechte nicht verletzt erschienen, da nach den Bestimmungen der neuen Gewerbeordnung, wie schon das Ministerium des Innern ausgeführt, dem Hausirer nicht verwehrt werden könne, seine Waaren auf die im vorliegenden Falle beliebte Weise auszubieten und zu verkaufen, die Zulassung des M. W. als Ausländers aber zum Betriebe des fraglichen Gewerbes in Württemberg nach dem erwähnten Gesetze, wie sich namentlich aus den Kammerverhandlungen ergebe, dem Ermessen der Verwaltungsbehörden auf eine Weise überlassen erscheine, daß die Rekurrenten hiegegen aus den von ihnen weiter hervorgehobenen Gründen ein Einspracherecht nicht ableiten können.

15) Kann die Einsprache der Nachbarn gegen die Errichtung einer Fabrik an einer bestimmten Baustelle wegen Gefährdung und Entwerthung ihres Eigenthums[5] im Wege der Beschwerde an den K. Geheimenrath gebracht werden? Materielle Voraussetzungen der Einsprache. Zum Begriff der Verwaltungsstreitsache im Sinne des Art. 1, Abs. 1 des Gesetzes vom 13. Novbr. 1855, betr. die Rechtsmittel in Verwaltungsjustizsachen. Sportelansatz in Administrativjustizsachen.

Im Jahre 1858 wurde die Errichtung einer Gasfabrik in der Stadt R. beschlossen und ein Vertrag hier-

---

rath schließlich die Zulassung von Ausländern zum Gewerbebetrieb in Württemberg als eine reine Verwaltungssache erklärt hat (oben S. 192, III, 1). Auch über die Frage, welche Befugnisse in der Berechtigung zum Hausiren begriffen seien, ist wohl kaum ein Parteienstreit im Sinne des Art. 1, Abs. 1 des Gesetzes von 1855 denkbar.

[5] Vergl. hierüber dieses Archiv, Bd. I, S. 135 u. f. Ueber das Recht der Nachbarn zur Einsprache gegen einen ihre Personen und den Genuß ihres Eigenthumes wesentlich störenden Gewerbebetrieb in dem Nachbargebäude.

über von den Gemeindebehörden mit dem Gasfabrikanten R. von A. abgeschlossen. Der Unternehmer hatte im Einverständniß mit der Ortsbehörde den nöthigen Grund und Boden erkauft. Neun benachbarte Häuserbesitzer erhoben jedoch gegen die Ausführung des Bauvorhabens bei der Baupolizeibehörde Einsprache unter Berufung auf die durch den Betrieb einer Gasfabrik in der Nähe ihrer Häuser „wegen möglicher Explosionen" ihnen drohende Gefahr und auf die durch die Verbreitung übler Gerüche ihnen zugehenden Nachtheile. Nach Einziehung technischer Gutachten im Laufe der nach Maßgabe der Verfügung des Ministeriums des Innern vom 9. Sept. 1854, betreffend das Verfahren bei Ertheilung gewerblicher Konzessionen, eingeleiteten Verhandlungen sprach die K. Kreisregierung in Reutlingen am 25. Februar 1859 aus, daß man die nachgesuchte Konzession für den gewählten Platz nicht zu ertheilen wisse. Diese Entschließung wurde dem Vertreter des Gasfabrikanten R. unter Rekursbelehrung nach Maßgabe des Gesetzes vom 13. Nov. 1855 eröffnet. Auf den von demselben ergriffenen Rekurs erfolgte ohne vorangegangenen Schriftenwechsel am 19. August 1859 eine Entscheidung des Ministeriums des Innern, durch welche die Entscheidung der Kreisregierung außer Wirkung gesetzt und dem Rekurrenten die nachgesuchte Konzession zur Errichtung einer Gasfabrik auf der von ihm gewählten Baustelle in den unteren Ziegelgärten unter der Beschränkung auf die Bereitung von Holzgas und unter speziell angefügten weiteren, die Sicherung gegen nachtheilige Wirkungen des Unternehmens bezweckenden Bedingungen ertheilt wurde. Dieser Bescheid wurde den Kontradicenten unter Rekursbelehrung nach Maßgabe des §. 8 der Verfügung von 1854 von dem Oberamte eröffnet. In der hiegegen von denselben (Wollenspinnereibesitzer Sch. und Genossen) eingereichten, an den K. Geheimenrath gerichteten Beschwerdeausführung wird die Bitte gestellt, es wolle in Abänderung der Entscheidung des K. Ministeriums des Innern die

Entscheidung der K. Kreisregierung wieder in Kraft gesetzt, eventuell, es wolle die von dem Bezirksbauamte in R. vorgeschlagene, von dem K. Ministerium des Innern angenommene Verbalkaution des Gasfabrikanten für Beschädigung an den außerhalb der Fabrik liegenden Gütern und Gebäuden auf jeden erweislichermaßen durch die Gasfabrik, auch an beweglichen Gegenständen und an Menschen verursachten Schaden erweitert werden. „Die im Wege der Beschwerde wiederholte Einsprache" war unter technischen Ausführungen über die im Einzelnen drohenden Nachtheile und über die Möglichkeit, einen anderen geeigneten Platz für die Fabrik zu finden, „auf die gefährdeten Eigenthumsrechte der Beschwerdeführer" gestützt. Unter dem 24./28. Nov. 1859 faßte hierauf der K. Geheimerath folgenden Beschluß: Da nach den vorliegenden Gutachten der verpflichteten Techniker von dem Betriebe einer Gasfabrik in den unteren Ziegelgärten in R. bei der Einhaltung der in der Konzessionsurkunde vorgeschriebenen Bedingungen und Bestimmungen weder eine Gefahr für die Personen und das Eigenthum der benachbarten Gebäude und Güter durch etwaige Beschädigung, noch eine erhebliche zu etwaiger Entwerthung jenes Eigenthums führende Belästigung auch nur mit einiger Wahrscheinlichkeit zu besorgen sei und deßhalb auch die von den Beschwerdeführern in zweiter Linie gestellte, so wie sie laute, formell vor den K. Geheimenrath überdieß gar nicht geeignete Bitte um Belastung der Konzessionsertheilung mit weiteren, als den schon von dem K. Ministerium des Innern vorgeschriebenen Bedingungen als nicht begründet erscheine, werde die Beschwerde der Rekurrenten gegen die Entschließung des genannten K. Ministeriums vom 9. August 1859 abgewiesen und erkannt, daß die auf 25 fl. festgesetzte Sportel von den Rekurrenten und von R. je zur Hälfte zu tragen seien.

Zur Erläuterung der rechtlichen Auffassung, auf welcher dieser Beschluß des K. Geheimenrathes beruht, ist

aus dem Vortrage des Referenten anzufügen, daß derselbe zwei Hauptfragen unterschieden hat:

1) ob es ein Anspruch der Rekurrenten, auf dem Gesetze oder einem besonderen Titel des öffentlichen Rechtes beruhend sei, in welchem dieselben durch die Konzessionsertheilung auf den bezeichneten Bauplatz sich beeinträchtigt glauben,

2) ob eine solche Beeinträchtigung nachgewiesen oder muthmaßlich nachweisbar sei.

Bezüglich der ersten Frage ist ausgeführt: Schon in der von dem K. Geheimenrathe ausgegangenen Bekanntmachung vom 3. Mai 1837 (Reg.-Bl. S. 264) sei ausgesprochen, daß Beschwerden wegen Ertheilung oder Verweigerung von Gewerbe-Konzessionen an den Geheimenrath als höchster Administrativinstanz zwar in der Regel nicht gebracht werden können, weil die Ertheilung dieser Konzessionen von dem Ermessen der Verwaltungsbehörden abhängen, daß aber eine Beschwerdeführung bei dem K. Geheimenrathe Demjenigen zustehe, der hiedurch in einem auf Gesetz oder auf einem besonderen Titel gegründeten öffentlichen Rechte verletzt zu sein glaube. [6] In dieser

[6] Diese Bekanntmachung läßt allerdings die naheliegende Frage, wie es denkbar sei, daß Jemand durch die Ertheilung oder Verweigerung einer Gewerbekonzession in einem auf Gesetz oder besonderem Titel gegründeten öffentlichen Rechte verletzt werde, unbeantwortet. Die früher bestandenen Bannrechte, an welche man zunächst denken muß, wurden zu den Privatrechten, nicht zu den öffentlichen Rechten gezählt. Auch das Recht auf Leben und Gesundheit, auf unbehinderte und ungefährdete Benützung seines Eigenthumes und Ausbeute seiner Arbeit, welche durch Ertheilung einer Konzession verletzt werden können, sind doch wohl nicht zu den „öffentlichen Rechten" zu zählen, wiewohl allerdings die Frage, ob sie durch eine Verwaltungsverfügung verletzt seien, und hiegegen von dem Administrativrichter Schutz verlangen können, nicht selten sich erheben und nur nach den Grundsätzen des öffentlichen Rechtes sich beurtheilen läßt. Es scheint fast, daß in jener Bekanntmachung das letztere gemeint war.

Richtung unterscheide auch der §. 8 der Ministerialverfügung von 1854 zwischen Denjenigen, welche ihre Konzessionsertheilung wegen angeblich bedrohter Interessen und Denjenigen, welche dieselbe wegen behaupteter Verletzung eines ihnen zustehenden Rechtsanspruches erhoben haben, indem er für die letzteren die Art. 162 und 163 der Gewerbeordnung (von 1836) als maßgebend für die Behandlung des Rekurses bezeichne und hiemit, sobald nur eine Verletzung in einem solchen Rechtsanspruche behauptet sei, also ohne Rücksicht darauf, ob diese Behauptung begründet, den Administrativrechtsweg zulasse. Dieser Auffassung entspreche auch die Praxis des K. Geheimenrathes, welcher in verschiedenen Fällen keinen Anstand genommen habe, die bei ihm im Wege der Beschwerde eingelegten Einsprachen gegen ertheilte Gewerbs- oder Baukonzessionen, welche auf die Behauptung einer Verletzung der Kontradicenten in ihren Rechtsansprüchen auf Sicherheit ihrer Person oder ihres Eigenthums, namentlich durch unangenehme Ausdünstungen des Gewerbebetriebs gestützt gewesen, materiell zu prüfen und über sie materiell zu entscheiden.

Bezüglich der formellen Behandlung der Sache bemerkte der Referent: Die Eröffnung der abweisenden Entscheidung der Kreisregierung unter Rekursbelehrung nach dem Gesetze vom 13. Novbr. 1855 habe auf einer Verkennung der Verhältnisse beruht. Damals habe noch kein Streit zwischen dem konzessionsnachsuchenden Gasfabrikanten R. und den Häuserbesitzern bestanden, welche Einsprache erhoben haben. Die Konzessionsverweigerung von Seite der Kreisregierung sei keine Entscheidung zwischen streitenden Parteien, sondern ein von der Staatsbehörde ergangener Akt der öffentlichen Gewalt gewesen. Das Ministerium des Innern habe daher auch dadurch, daß es ohne Beachtung der Vorschrift des Art. 11 des Gesetzes vom 13. Nov. 1855 [7] zu Gunsten des Gasfabrikanten R.

[7] Der Art. lautet: Zum Vortheile des Rekurrenten kann die Rekursstelle die Entscheidung nur abändern, nachdem zuvor dem

gegen die Häuserbesitzer erkannt habe, ohne dieselben noch besonders über das Vorbringen desselben zu hören, keine vorgeschriebene Form verletzt.

In der Instanz des K. Geheimenrathes wurde jedoch die Sache als Streitsache im Sinne des Art. 1, Abs. 1 des Gesetzes vom 13. November 1855, betreffend die Rechtsmittel in Verwaltungsjustizsachen, angesehen.[8] Dieß folgt aus dem Sportelansatz, da zufolge einer Note an das Ministerium des Innern vom 6. Dez. 1855 der K. Geheimerath beschlossen hat, auf den Grund des neuen Gesetzes auch für Entscheidungen in solchen Gegenständen der Verwaltungsrechtspflege Sporteln anzusetzen, für welche das Recht und die Förmlichkeiten des Rekurses schon früher durch Spezialgesetze geregelt worden, insbesondere also bei Streitigkeiten über Bürgerrechts-, Verehelichungs- und Uebersiedelungs-, Gewerbe-, Brandentschädigungs-Ansprüchen, soweit sie überhaupt unter den Art. 1, Abs. 1 des Gesetzes fallen.

16) Kann der Eigenthümer in der Befugniß, durch Graben auf seinem Grund und Boden sich die Nutzung einer Wasserquelle zu verschaffen, durch baupolizeiliche Verfügungen beschränkt werden? Unzuständigkeit des zum Schutze dieser Eigenthumsbefugnisse gegen polizeiliche Beschränkungen angerufenen Civil-Richters.

Es ist ein anerkannter, unbestrittener Grundsatz des gemeinen Rechtes, daß der Eigenthümer nicht gehindert ist,

---

Gegner Gelegenheit gegeben worden ist, binnen einer angemessenen Frist über das Vorbringen des Rekurrenten in der Rekursinstanz sich zu äußern.

[8] Ganz folgerichtig scheint dieß nicht zu sein. Die Einsprache war schon, und zwar auf dieselben Gründe, wie in der Beschwerde an den K. Geheimenrath gestützt, bei dem Oberamte erhoben worden. Vergl. dieses Heft des Archives S. 218 u. f. und die folgende Mittheilung a. E.

auf seinem Grund und Boden zu graben und das in demselben befindliche Quell- und Regenwasser durch Anlegung eines Brunnens oder einer Cisterne für sich zu benützen, auch wenn er dadurch das Wasser dem bereits vorhandenen Brunnen eines Anderen entzieht. [9]

Für das württ. Recht bemerkt Reyscher, [10] es sei das Graben von Brunnen oder Cisternen auf eigenem Grund und Boden davon abhängig gemacht, daß das gemeine Wesen oder die Nachbarn über oder unter der Erde keinen Schaden leiden. Reyscher beruft sich hiefür auf die Bestimmung der Bauordnung von 1655, S. 69, vom Brunnen- und Cisternengraben und Haben auf eines eigenem Grund, welche lautet: Welcher auf seinem eigenen Grund einen Brunnen oder eine Cisterne graben will, oder der einen hievor gegraben oder gebauen hätte, der soll in Allweg fürsehen, daß dadurch dem gemeinen Nutz und seinem Nachbauren ob und unter der Erden kein Schaden entstehe und widerfahren möge.

Die Rechtsprechung der Civilgerichte hat jedoch diese Auffassung der Bauordnung, welche nicht einmal in dem Wortlaute ihre Berechtigung findet, verworfen und den obigen gemeinrechtlichen Grundsatz auch für Württemberg als geltendes Recht anerkannt. [11] Hievon ausgegangen kann unzweifelhaft auch die Baupolizeibehörde nicht für befugt erachtet werden, zu Gunsten und im Interesse des Besitzers eines in dem Privateigenthum befindlichen Brunnens die Anlegung eines neuen Brunnens oder einer neuen Cisterne auf dem Grund und Boden eines Anderen zu verhindern. Wohl aber kann die Polizeibehörde im öffentlichen Interesse nach vorliegenden Verfügungen und Entscheidungen den Eigen-

---

[9] Vergl. dieses Archiv, Bd. I, S. 257, 438 und die dort angeführten Schriftsteller.

[10] Württ. Privatrecht, §. 284, N. 12.

[11] Hufnagel's Mittheilungen, Bd. II, S. 32. Dieses Archiv a. a. O., Motive zu dem Baugesetzentwurf, S. 55.

thümer beschränken. Gestützt auf die angeführte Stelle der Bauordnung von 1655 und auf die weitere Bestimmung desselben Gesetzes, S. 20, nach welcher, „wann Jemand in Städten, Dörfern oder Weilern einen neuen Bau zu thun wie auch Brunnen, Cisternen u. s. f. fürzunehmen Vorhabens" derselbe die Anzeige bei der Ortsobrigkeit zu machen verpflichtet und der Behörde aufgegeben wird, „vermög der Ordnung lautere ausdruckenliche, unterschiedliche Maß und Bescheid zu geben, wie gebaut werden solle", ferner auf die Vorschrift der Bauordnung über das Kellergraben (S. 20) [12] hat das Ministerium des Innern in einer Note vom 12. Okt. 1836 an das K. Finanzministerium ausgesprochen, daß zu Errichtung von Brunnen und Cisternen auf eigenem Grund und Boden die baupolizeiliche Erlaubniß einzuholen und daß die Baupolizeibehörde befugt sei, *im öffentlichen Interesse*, oder wie in jener Note gesagt ist, „unter Umständen" diese Erlaubniß zu versagen.

Dieser Grundsatz fand auch in der Rechtsprechung der Verwaltungsbehörden Anerkennung. Bei den Mineralquellen in Cannstadt hatte sich erstmals im Jahre 1832 eine bedeutende Abnahme der Wassermenge gezeigt und als Grund dieser Abnahme wurde die in jener Zeit ausgeführte Erbohrung von 7 neuen artesischen Brunnen erklärt. Da sich in Folge der bis zum Spätjahr 1833 ausgeführten Erbohrung von 5 weiteren artesischen Privatbrunnen wiederholt eine sehr starke Abnahme aller bisherigen Quellen zeigte, so beschloß der Gemeinderath in Cannstadt im Hinblick auf die dem Frösner'schen Bad-Etablissement und selbst der Sulzerrainquelle drohende Gefahr und in Betracht der Dringlichkeit der Sache „auf Grund der Bauordnung von 1655, S. 69, das Bohren von dergleichen Brunnen auf der Markung bis auf Weiteres zu untersagen und zu verhindern, zugleich aber das Oberamt zu bitten, die den Anstalten

[12] Reyscher, Ges.-Sammlung Bd. XIII, S. 161, 179, 187.

drohende Gefahr der höheren Behörde vorzutragen und in Gemäßheit der §§. 89 und 90 der Verfassungsurkunde geeignete Maßregeln auszuwirken." Die hiegegen von den Besitzern der Walkmühle in Berg erhobene Beschwerde wurde von dem Oberamte verworfen und beschlossen, die bereits getroffene polizeiliche Verfügung zu bestätigen und auf deren genaue Vollziehung mit allen gesetzlichen Mitteln nachdrücklich zu dringen, insolange nicht eine andere Verfügung der höheren Verwaltungsbehörden oder der Gerichtsbehörde eintreten werde.

Die Besitzer der Walkmühle in Berg wandten sich sofort an das Civilgericht mit der Bitte um Schutz in der Ausübung ihrer Eigenthumsbefugnisse. Der hieraus entstandene Kompetenzkonflikt wurde jedoch durch Entschließung des Ministerialrathes im Namen des Königs vom 15. Juli 1834 gegen die Zuständigkeit der Civilgerichte entschieden. In dem Geheimenrathsgutachten, welches dieser Entscheidung zu Grunde lag, ist die Unzuständigkeit des Civilrichters im Wesentlichen mit Folgendem begründet:

„Das Privatrecht der Kläger, auf ihrem Grund und Boden zu graben, wird von keiner Seite her angefochten. Die Orts- und Oberamtspolizei hat nur geglaubt, daß die volle Ausübung des Privatrechtes der Markungsgenossen, wenn ein solches auch vorhanden, in Hinsicht auf das Graben artesischer Brunnen um des gemeinen Nutzens willen zu beschränken sei. Ob die Kläger ein Privatrecht, zu graben, haben, ob sie Eigenthümer von Grund und Boden seien, blieb dahingestellt. Ueber die beschränkende Polizeiverfügung konnten sich nicht nur die Kläger, sondern wohl auch jeder Eigenthümer, wenn er im Augenblick auch nicht im Sinne hatte, einen Brunnen zu graben bei den der Orts- oder Oberamtspolizei vorgesetzten Stellen beschweren; ja die höheren Polizeibehörden konnten von Amtswegen von der Verfügung Kenntniß nehmen, um darüber zu wachen, daß nicht die Freiheit in der Ausübung der Eigenthumsrechte durch örtliche Polizeiver-

fügungen beschränkt werde, insofern sie diese nicht für gerechtfertigt halten." „Die Verfügungen der Polizeibehörden können nur von den höheren Staatsverwaltungsbehörden aufgehoben oder abgeändert werden" u. s. f.

Hiemit war der damalige Streit erledigt, da der Besitzer der Walkmühle seine Einsprache nicht weiter auf dem Beschwerdewege verfolgte und das Verbot des Grabens von artesischen Brunnen auf Cannstadter und der benachbarten Berg-Stuttgarter Markung wurde in mehreren Fällen durch Abweisung der nachgesuchten baupolizeilichen Erlaubniß aufrecht erhalten. Nur in zwei Fällen, in welchen die eingeforderten technischen Gutachten jede Gefahr der neuen Bohrungen für die bestehenden Mineralquellen verneint hatten, wurde die polizeiliche Erlaubniß ertheilt.

Im Jahre 1849/50 kam dieses Verbot zum zweitenmale zur Verhandlung vor den höheren Verwaltungsbehörden. Trotz des bestehenden Verbotes war ohne polizeiliche Erlaubniß in der Sägmühle des Werkmeisters G. in Cannstadt in der Nähe des Sulzerrains ein artesischer Brunnen gebohrt worden, welcher einen sehr reichen Wasserstrahl zu Tage förderte und in Folge dessen sich eine nicht unbeträchtliche Abnahme der Sulzerrainquelle bemerkbar machte. Das K. Oberamt Cannstadt verfügte hierauf unter dem 4. Dez. 1849, daß die erbohrte Quelle bis auf ihre Sohle mit wasserdichtem Stoffe alsbald wieder verschlossen werde. Die hiegegen erhobene Beschwerde wurde von der K. Kreisregierung und ebenso von dem K. Ministerium des Innern, von letzterem durch Erlaß vom 30. März 1850 mit folgender Begründung abgewiesen:

„Von der Kreisregierung ist das Erkenntniß des Oberamts Cannstadt vom 7. Dez. v. Js. dahin beharrt worden, daß der in der Sägmühle der Wittwe G. im Laufe des Sommers 1849 heimlich und gegen das bestehende Verbot eröffnete Bohrbrunnen bis auf seine Sohle hin abgeschlossen werde. — — Die Wittwe G. hat hierüber Beschwerde erhoben und — — die Bitte gestellt, die Entscheidung

erſt auf den Grund der nachgeſuchten Unterſuchung darüber, ob durch den Bohrbrunnen ein gemeinſchädlicher Einfluß auf die Sulzerrainquelle geübt werde, ausſprechen zu wollen. — — In dieſer Beziehung hat nun das Miniſterium des Innern

1) im Hinblick auf die Beſtimmung der Bauordnung Tit. von Brunnen- und Ciſternengraben ꝛc., ſowie im Hinblick auf den Beſchluß des Stadtrathes in Cannſtadt vom 21. Auguſt 1833, auf den Grund dieſer Beſtimmung das den beſtehenden Mineralquellen ſchädliche Bohren arteſiſcher Brunnen auf der ganzen Markung zu unterſagen, welcher Beſchluß von dem Oberamte beſtätigt und von den höheren Regierungsſtellen anerkannt, auch unterm 9. Nov. 1853 in dem Wochenblatte von Cannſtadt bekannt gemacht worden iſt,

2) in Erwägung, daß von der Beſchwerdeführerin im letzten Sommer heimlicherweiſe ein 135′ tiefer arteſiſcher Brunnen in der Nähe der Sulzerrainquelle gebohrt wurde, welcher nicht gewöhnliches Waſſer, ſondern Mineralwaſſer von geringerem Gehalt liefert und von der Beſchwerdeführerin nicht erwieſen werden konnte, daß durch dieſe neugebohrte Quelle den beſtehenden Mineralbrunnen insbeſondere der in der Nähe befindlichen Sulzerrainquelle kein Nachtheil zugefügt werde,

3) in Erwägung, daß im Gegentheil ſowohl durch angeſtellte Unterſuchungen als durch das Urtheil unbefangener höherer Sachverſtändigen zur Genüge dargethan wurde, wie durch den neuen Brunnen die beſtehenden Mineralwaſſerbrunnen, namentlich der Sulzerrainbrunnen, beeinträchtiget werden, ſo daß insbeſondere der K. Bergrath für dringend nöthig erklärt hat, das G.'ſche Bohrloch ſeiner ganzen Tiefe nach durch ein waſſerdichtes Material ſogleich zu verſchließen,

4) in Betracht, daß durch die Beeinträchtigung der beſtehenden älteren Mineralwaſſerbrunnen, namentlich des Hauptbrunnens an dem Sulzerrain, dem gemeinen Nutzen

Schaden entsteht, erkannt, daß eine weitere Untersuchung nicht erforderlich sei, vielmehr hinreichender Grund vorliege, die gegen das Regierungserkenntniß erhobene Beschwerde als grundlos abzuweisen."

Gegen diese Ministerialverfügung wurde eine weitere Beschwerde an den K. Geheimenrath nicht erhoben, welcher daher damals nicht in die Lage kam, sich auszusprechen.

Erstmals hatte sich der K. Geheimerath im Jahre 1839 in Folge einer Beschwerde der Stadtgemeinde Heilbronn gegen die durch Verfügung des Ministeriums des Innern den Gebr. R. in Abänderung der abweisenden Entscheidung der Kreisregierung ertheilte Erlaubniß zur Bohrung eines artesischen Brunnens auszusprechen. Es war von Seiten der Gemeindebehörde in Heilbronn geltend gemacht, daß durch das Graben eines artesischen Brunnens der Wasserzufluß öffentlicher Brunnen gefährdet werde und daß die als Sicherheitsmaßregel hiegegen auferlegte Verstopfung eines anderen artesischen Brunnens gegen diese Gefährdung des öffentlichen Interesses keinen hinreichenden Schutz gewähre. Die hierauf ergangene Entscheidung des K. Geheimenrathes vom 27. Febr. 1839, welche den obigen Grundsatz über die Befugnisse der Baupolizeibehörde ebenso wie ein Einsprache- und folgerichtig ein Beschwerderecht der Vertreter angeblich gefährdeter öffentlicher Interessen als unzweifelhaft bestehendes Recht voraussetzt, ging dahin:

In Erwägung 1) daß bei einem Unternehmen, wie das vorliegende, nicht jede entfernte Möglichkeit einer Gefahr für andere oder für das gemeine Wesen, eine polizeiliche Einschränkung begründe, vielmehr, wenn nicht unzulässigen Beschränkungen des Eigenthums und Hemmnissen der Industrie Eingang verschafft werden wolle, eine wirkliche oder wenigstens nach Wahrscheinlichkeitsgründen bevorstehende Gefahr dargethan sein müsse, daß aber 2) wenn auch der Meinungsverschiedenheit der vernommenen Techniker in diesem Punkte, sowie mehrfacher in den Akten liegenden

Thatsachen (wohin auch die neueingetretene Wiedererscheinung der Kirchbrunnenquelle gehöre) ungeachtet ein Zusammenhang der artesischen Brunnen mit den Quellen der gewöhnlichen Trinkbrunnen und eine Verminderung der Reichhaltigkeit der letzteren durch Vermehrung der ersteren angenommen werde, doch hier, wo nicht von einer Vermehrung der Zahl der artesischen Brunnen, sondern nur von einer durch die überwiegende Mehrheit der gedachten Techniker als ausführbar und unter den von dem Ministerium des Innern verfügten sichernden Anordnungen als unschädlich erkannten Verlegung eines solchen die Rede sei, eine Einsprache nicht als begründet erscheine, werde der rekurrirende Stadtrath mit seiner Beschwerde gegen das Erkenntniß der vorigen Instanz vom 13. Aug. 1838 abgewiesen.

Eine zweite Entscheidung des K. Geheimenrathes über eine ähnliche Beschwerde erging neuestens unter dem 28. Jan. 1871. Dem Badinhaber Leuze in Berg hatte die K. Kreisregierung in Aufhebung eines abweisenden Bescheides des K. Oberamtes auf Grund einer zunächst nur bei dem Oberamte erhobenen und von diesem der Kreisregierung vorgelegten Gegenerklärung Leuze's die Rekonstruktion seines schadhaft gewordenen Sauerbrunnens unter gewissen die Cannstadter Quellen schützenden baulichen Vorschriften gestattet. Die hiegegen von Seiten der Mineralbrunnenbesitzer in Cannstadt an das Ministerium des Innern erhobene Beschwerde wurde von demselben durch Erlaß an die Kreisregierung vom 30. August 1870 als ungerechtfertigt abgewiesen und ausgesprochen, daß das Ministerium dem Badinhaber Leuze das Niedertreiben eines neuen Bohrloches neben dem alten unter der Bedingung gestattet haben wolle, daß er beim Bohren des neuen die Weite des alten Bohrloches und die bisherige Höhe des Ausgußes beizubehalten und nach erfolgter Herstellung des neuen Bohrbrunnens den alten vollkommen wasserdicht zu

verschließen habe. Diese Entscheidung war auf die Erwägung gestützt,

1) daß für die Kreisregierung zu einer Verfügung in der Sache genügender Anlaß vorgelegen sei, nachdem das Oberamt Cannstadt in Uebereinstimmung mit dem Gemeinderath daselbst dem fraglichen Vorhaben des Badinhabers Leuze hindernd in den Weg getreten und ihr die hiegegen von Leuze erhobene Vorstellung ohne Weiteres vorgelegt habe,

2) daß Badinhaber Leuze durch die Herstellung eines neuen Bohrloches nicht eine weitere Quelle gewinnen, sondern nur den bestehenden Sauerbrunnen angemessen rekonstruiren wolle, und nach dem von den Beschwerdeführern nicht widerlegten Gutachten des Ministerialtechnikers und des K. Bergrathes das von dem Badinhaber Leuze beabsichtigte Verfahren des Anbohrens eines neuen Brunnens auf 8' Entfernung von dem alten und das nachherige Verdämmen des letzteren nicht nur eine größere Sicherheit des Gelingens biete, als die schwierige und gefährliche Arbeit einer neuen Faßung des alten, sondern daß auch bleibende Nachtheile für die älteren Quellen und Brunnen oder einige derselben bei dem erwähnten Verfahren weit weniger zu fürchten seien, als bei dem Mißlingen einer neuen Faßung der alten Quelle. Gegen diese Verfügung des Ministeriums erhoben die Mineralbrunnenbesitzer in Cannstadt Beschwerde bei dem K. Geheimenrath, worauf derselbe unter dem 28. Jan. 1871 beschloß, die Beschwerde auf Grund folgender Erwägungen abzuweisen: „Nach civilrechtlichen Grundsätzen sei der Grundeigenthümer kraft seines Eigenthumes befugt, durch Graben auf seinem Grund und Boden sich die Nutzung einer Wasserquelle zu verschaffen, auch wenn hiedurch die Quelle des Nachbars gefährdet oder abgeschnitten werde. Dagegen könne die weitere Frage, ob den Besitzern bestehender Brunnen unter gewissen Voraussetzungen ein Recht der Einsprache nach der Bauordnung von 1655 zustehe, im

vorliegenden Falle dahingestellt bleiben, da aus den in den Verfügungen der K. Kreisregierung vom 14. März und des K. Ministeriums des Innern vom 30. Aug. 1870 angeführten Gründen, auf welche lediglich zu verweisen sei, die Beschwerdeführer durch die angefochtene Ministerialentschließung als in einem Rechte verletzt keinenfalls zu betrachten seien."

Ueber den Grundsatz, ob die privatrechtliche Befugniß des Grundeigenthümers, zu graben, durch die nach der Bauordnung von 1655 den Polizeibehörden eingeräumten Befugnisse eine Einschränkung erleide und über die weitere Frage, ob den einzelnen Besitzern der bestehenden Brunnen unter gewissen Voraussetzungen ein Recht der Einsprache gegen die Ausübung jener Eigenthumsbefugniß auf Grund der Bauordnung von 1655 in Geltendmachung öffentlicher Interessen zustehe, hat sich hiernach der K. Geheimerath in der zweiten Entscheidung nicht ausgesprochen, da die Abweisung der Beschwerde aus einem anderen Grunde folgte und mithin jene Frage dahingestellt bleiben konnte. Dagegen wird diese Frage bei der Berathung der neuen Bauordnung zur Entscheidung zu bringen sein. [13] Eine Sportel wurde auch in der In-

[13] Der Art. 65 des unverändert wieder eingebrachten Entwurfes einer Bauordnung vom 4. Dezember 1868 bestimmt hierüber Folgendes: „Der Eigenthümer eines Grundstückes ist nicht gehindert, auf demselben Brunnen oder Cisternen zu errichten, auch wenn hiedurch dem Nachbar das Quellwasser entzogen wird. Wenn und soweit hiedurch oder durch die zufällige Eröffnung einer Quelle ein dringendes öffentliches Interesse beeinträchtigt wird, steht der Polizeibehörde das Recht zu, vorläufig die Errichtung des Brunnens oder der Cisterne zu untersagen, bezw. den etwa erforderlichen einstweiligen Verschluß der Quellöffnung auf öffentliche Kosten anzuordnen, bis die Entscheidung über einen Expropriationsantrag herbeigeführt ist. Ein Entschädigungsanspruch des Grundeigenthümers findet jedoch nicht statt, wenn die betreffende polizeiliche Anordnung im Interesse einer öffentlich benützten, durch Grabarbeiten Beschädigten oder gefährdeten Heilquelle erfolgt ist." Die Motive bemerken hiezu nach Berufung auf den oben angeführten pri-

stanz des Geheimenrathes nicht angesetzt, mithin der Fall nicht als eine Streitsache im Sinne des Abs. 1 des Art. 1 des Gesetzes vom 13. Nov. 1855 angesehen, vielmehr angenommen, daß die Beschwerde unter Abs. 2 des angeführten Artikels zu stellen sei.

---

vatrechtlichen Grundsatz, daß, wenn der Eigenthümer in der aus dem Eigenthum fließenden Befugniß, auf seinem Grund und Boden Brunnen anzulegen, durch die Rücksicht auf bereits vorhandene öffentliche oder Privatbrunnen nach dem bestehenden Rechte nicht beschränkt gewesen sei, auch zur Einführung einer solchen Beschränkung kein zureichender Grund vorzuliegen scheine. Man könne dem Eigenthümer nicht zumuthen, auf die Benützung der seinem Grundstücke durch die Natur gewährten Vortheile des Vortheils des Nachbars wegen zu verzichten und wenn ihm ein solcher Verzicht im öffentlichen Interesse wegen eines bereits vorhandenen öffentlichen Brunnens zugemuthet werde, so solle dieß doch nur im Wege der Expropriation, also gegen Entschädigung, geschehen können. Nur bezüglich der Heilquellen rechtfertige es sich, der Lust zu gewinnsüchtigen Nachgrabungen, welche etwa zum Schaden solcher unternommen werden könnten, durch Versagung einer Entschädigung für den Fall des Erfolges entgegen zu wirken. Daß dieser neue Gesetzesvorschlag nicht, wie die Motive annehmen, der bisherigen Praxis der Baupolizeibehörden entspricht, dürfte aus den obigen Mittheilungen hervorgehen. Auch ist die von der Mehrheit der Kommission der Kammer der Standesherrn in dem unterm 5. März 1870 erstatteten Berichte über den Entwurf der Bauordnung erhobene Einwendung gegen die Nothwendigkeit einer Expropriation der Grundeigenthümer zu Gunsten öffentlicher Brunnen, daß vermöge des Zusammenhanges der in ihrer Ausdehnung nicht bestimmbaren unterirdischen Wasserzuflüße und Wasseransammlungen nach vollendeter erster Expropriation gegen den Besitzer eines Grundstückes sehr leicht zur Expropriation gegen einen zweiten, dritten, vierten u. s. f. geschritten werden müßte, selbst, wenn diese ihre Grabungen nur vorgenommen hätten, weil sie die finanziellen Vortheile der Expropriation ausbeuten wollten, sehr zu beachten. Jedenfalls wird festzustellen sein, ob nach der Intention des Entwurfes auch bei den Heilquellen, zu deren Sicherung der Grundeigenthümer in seiner Befugniß zu graben ohne Entschädigung beschränkt ist, der Besitzer der Heilquelle als solcher ein privatrechtliches Recht der Einsprache erhalten soll oder ob, wenn diese Frage zu verneinen wäre, ihm ein öffentliches Recht der Einsprache eingeräumt werden wolle oder ob das öffentliche Interesse nur durch die Polizeibehörde als Verwaltungsbehörde gewahrt

17) Auch kleinere Bäche mit dauerndem Wasserlauf sind öffentliches Wasser, sofern nicht ein Privateigenthum an denselben nachgewiesen wird. [14]

Einen der Zuflüsse der von Degenfeld im Oberamte Gmünd herabkommenden und bei Großsüßen in die Fils einmündenden Lauter bildet der die Markung Weißenstein durchziehende sog. Mühl- oder Weißensteiner Bach. Derselbe fließt aus zwei Bächen zusammen, von denen der eine von Treffelhausen herkommt und bei Weißenstein noch den sog. Forellenbach in sich aufnimmt, der andere, der Oelklingbach, oberhalb Weißenstein in der der gräflich R.'schen Herrschaft gehörigen sog. Oelklinge entspringt, dann nach einem kurzen Laufe theils über Staatseigenthum, theils über den Grund und Boden des Besitzers einer Oelmühle, welche er treibt, etwa 500' von seinem Ursprung entfernt, wieder das gräfliche Eigenthum betritt und hier in einen darauf befindlichen Weiher sich ergießt, sofort nachdem er diesen verlassen, Weißenstein zulauft und von da bis zu seiner Einmündung in die Lauter 5 weitere Wasserwerke speist. Der Bestand dieses Weihers gab zu einer Beschwerde von Seiten der Besitzer einiger unterhalb Weißenstein an der Lauter gelegenen Mühlwerke Anlaß. Der gegen den Bestand desselben und die hiemit verbundene Wasseransammlung bei dem Oberamte geltend gemachten Einsprache setzte die gräfliche Standesherrschaft

werden kann und die Einsprache des Besitzers einer Heilquelle sich nicht zur Entscheidung durch das Administrativgericht eignet. Das letztere scheint allein konsequent zu sein, da lediglich die Rücksicht auf das öffentliche Interesse, nicht die Anerkennung eines Rechtes des Einzelnen, eine Beschränkung des allgemeinen, auch in dem Entwurf an die Spitze gestellten privatrechtlichen Grundsatzes rechtfertigen kann.

[14] Vergl. dieses Archiv, Bd. I, S. 230, 254, 269, insbes. S. 412, 422, Bd. II, S. 309, 313, Bd. V, S. 391, Bd. IX, S. 54 u. f., Bd. X, S. 208 u. f.

in erster Linie die Einwendung entgegen, daß das in dem Weiher gesammelte Wasser, bezw. der sog. Oelklingbach bis zum Weiher sich in ihrem Privateigenthum befinde, in zweiter Linie wurde ein wohlerworbenes Recht auf diese Art der Benützung desselben geltend gemacht. Zur Begründung der ersten Einwendung wurde Folgendes angeführt: Das Wasser des beanstandeten auf dem gräflichen Eigenthum befindlichen Weihers liefern theils die am Rande dieses Teiches hervorsprudelnden Quellen, theils diejenige Quelle, welche aus der seitwärts liegenden Oelklinge, einem kleinen, gleichfalls der gräflichen Herrschaft gehörigen Waldstücke, in den Weiher fließe. Daß dieses Wasser kein öffentliches Wasser sei, ergebe sich daraus, daß der Oelklingbach auf gräflichem Eigenthum entspringe und daß die Kosten der Unterhaltung von den Wasserwerksbesitzern zu Weißenstein getragen werden. Dieß werde auch durch ein Zeugniß des Stadtschultheißenamtes in Weißenstein bestätigt, nach welchem der Mühlbach an der Stelle, wo für die gräfliche Herrschaft eine Malzschrotmühle erbaut sei, zum gräflichen Brauereihofraum gehöriges Eigenthum sei und habe von der Staatsfinanzverwaltung Anerkennung gefunden, welche im Jahre 1838 einen auf diese Mühle gelegten Wasserzins von 1 fl. wieder aufgehoben habe. Das Oberamt hatte hierauf erkannt, daß es der Beschwerde der Besitzer der an der Lauter gelegenen Mühlwerke keine Folge zu geben wisse, in Erwägung, daß das Wasser, rücksichtlich dessen die Müller Beschwerde erhoben, kein öffentliches, sondern Privatwasser der gräflichen Grundherrschaft sei, worauf das Oberamt in einer späteren, auf Grund eines förmlichen Schriftenwechsels im Administrativjustizverfahren ergangenen Entscheidung beharrte. Dagegen fällte sowohl die Kreisregierung als das Ministerium des Innern in der Sache selbst materielle, übrigens nicht gleichlautende Erkenntnisse, davon ausgehend, daß der sog. Oelklingbach ein öffentliches Wasser sei. Ebenso erkannte auf erhobene Beschwerde der

K. Geheimerath in der Sache selbst unter dem 11. April 1867. Von dieser die Entscheidung des K. Ministeriums des Innern theilweise abändernden Entscheidung bietet nur derjenige Theil, welcher sich auf die Eigenschaft des Oelklingbaches als öffentliches Wasser bezieht, ein allgemeines Interesse. Hierüber ist in dem Geheimenrathsbeschluß bemerkt, daß nach den angenommenen Grundsätzen zu den öffentlichen Gewässern auch die kleineren Bäche, welche einen dauernden Lauf haben, zu rechnen seien, sofern nicht ein Privateigenthum an solchen nachgewiesen werde, daß in die Klasse der beständig fließenden Wasser der oberhalb Weißenstein auf der gräflich R.'schen Parzelle Nr. 301 entspringende Oelklingbach unzweifelhaft gehöre und daß die zum Beweise des Privateigenthums an diesem Bache angeführten Thatsachen nicht geeignet seien, diesen Beweis herzustellen.

18) Ein Vertrag über Nutzungsrechte an öffentlichem Wasser begründet im Falle eines Streites hierüber keine Zuständigkeit des Civil-Richters. [15]

Ueber die Benützung des Wassers des unzweifelhaft zu den öffentlichen Gewässern gehörigen Schmiechflusses hat sich im Jahre 1865 zwischen dem Besitzer der sog. Steigmühle und der Besitzerin der Bleiche nebst dazu gehöriger Walke in Ehingen Streit erhoben. Die materielle Seite dieses zunächst bei dem Oberamte anhängig gemachten Streites bietet kein allgemeines Interesse, wohl aber derjenige Theil der in letzter Instanz ergangenen Entscheidung, welcher sich auf die Frage der Zuständigkeit der Administrativjustizbehörden bezieht. Der bekl. Besitzer der Steigmühle hatte sich gegen die ein unbeschränktes Nutzungsrecht

[15] Vergl. dieses Archiv, Bd. I, S. 275, S. 411—121, Bd. II, S. 15—17, 316; Seuffert, Archiv, Bd. IV, S. 404, Bd. XII, S. 266, Bd. XIV, S. 403.

an dem Wasser für die Walke beanspruchende Klage unter Anderem auf einen im Jahre 1844 zur Regelung der beiderseitigen Nutzungsrechte zwischen den damaligen Besitzern der Bleiche und der Mühle abgeschlossenen Vertrag berufen und die K. Kreisregierung hatte vorzüglich mit Berufung auf diesen Vertrag, dessen Rechtsgiltigkeit sie gegen die von Seiten des Klägers vorgebrachten Einwendungen annahm, entschieden. Auf die hiegegen ergriffene Beschwerde forderte das K. Ministerium des Innern durch Erlaß vom 6. Juli 1858 die K. Kreisregierung zu einer Aeußerung darüber auf, welche Gründe sie bestimmt haben, sich zur Entscheidung der vorliegenden Streitsache als kompetent zu betrachten und dieselbe als Verwaltungsjustizsache zu behandeln, während hier weder eine wasserpolizeiliche Anordnung in Frage zu kommen noch ein Streit über die aus der Konzessionsertheilung fließenden Wasserbenützungsrechte der beiden Werkbesitzer vorzuliegen, im Gegentheile der Streit sich einzig auf die civilgerichtlicher Entscheidung vorbehaltene Frage über die Giltigkeit und die Wirkungen der Uebereinkunft vom 10./17. Mai 1844 zu beschränken scheine, durch welche die Besitzer der Walke und der Steigmühle unter Abänderung des früheren gegenseitigen Wasserbezugsverhältnisses, jedoch ohne Mitwirkung der Wasserpolizeibehörden, im Wege privatrechtlicher Uebereinkunft die Vertheilung des ihren Werken zukommenden Wassers und des Aufwandes für bauliche Erhaltung und Reinigung des Ufer- und Wasserbaues für die Zukunft unter sich festgesetzt haben. Nach eingelangter Aeußerung der Kreisregierung wurde von dem Ministerium des Innern die Unzuständigkeit der Administrativjustizbehörde ausgesprochen und hierauf von dem Kläger gerichtliche Klage bei dem Oberamtsgerichte erhoben und gebeten, zu erkennen, daß der Kläger berechtigt sei, das Wasser des Schmiechflußes zum Betrieb seiner Walke jederzeit und ohne Beschränkung auf bestimmte Wochentage zu benützen. Sowohl von dem K. Kreisgerichtshof als von dem K. Obertribunal war je-

doch das erstinstanzliche materielle Erkenntniß wegen Unzuständigkeit der Civilgerichte aufgehoben worden, worauf bei dem Ministerium des Innern ein Antrag auf Einleitung der Beseitigung des hienach vorhandenen negativen Kompetenzkonfliktes durch höchste Entscheidung gestellt wurde. Das Ministerium des Innern fand sich jedoch zu einer solchen Einleitung nicht veranlaßt, beschloß vielmehr, da durch die gerichtlichen Verhandlungen deutlich hervorgetreten sei, daß das von dem Besitzer der Walke beanspruchte unbeschränkte Wassernutzungsrecht nicht blos auf Grund des Vertrages von 1844, sondern auch mit der Behauptung bestritten werde, daß ihm dasselbe auch abgesehen hievon aus Gründen des öffentlichen Rechtes nicht zustehe, über den auf den unvordenklichen Besitzstand gegründeten Anspruch, bezw. den früher erhobenen Rekurs eine materielle Entscheidung zu geben. Nach weiteren Verhandlungen in der Sache selbst wurde die Beschwerde verworfen und hiegegen von dem Besitzer der Walkmühle Beschwerde an den K. Geheimenrath erhoben. In der die Beschwerde gleichfalls materiell abweisenden Entscheidung des K. Geheimenrathes vom 19. April 1866 ist bezüglich der Kompetenzfrage Folgendes ausgeführt: Nach den in Württemberg geltenden Grundsätzen sei die Benützung öffentlicher Gewässer zur Anlage und zum Betrieb von Wasserwerken, sofern deren letzter Grund immer auf eine ausdrückliche oder stillschweigende Verleihung von Seiten des Staates als Inhabers der Wasserhoheit zurückzuführen sei, als ein Ausfluß und Verhältniß des öffentlichen Rechtes zu betrachten. Die Entscheidung von Streitigkeiten über den Inhalt und Umfang solcher Wassernutzungsrechte, sowie über das Verhältniß mehrerer Berechtigten zu einander gehöre daher zur ausschließlichen Zuständigkeit der Verwaltungsjustizbehörden (vergl. §. 17 a), Z. 9 der Instruktion für die Kreisregierungen vom 21. Dez. 1819 und §. 7, Z. 20, der K.V.O. vom 28. Juni 1823). Auch das öffentliche Recht aber kenne die Verträge und eben darum

hören Wassernutzungsrechte der bezeichneten Art, wenn sie durch Uebereinkunft unter den Konzessionären innerhalb der Grenzen ihrer Berechtigung näher bestimmt oder modifizirt werden, nicht auf, dem öffentlichen Rechte anzugehören und im Streitfalle der Kognition der Administrativjustizbehörden zu unterliegen.

19) Entscheidung des K. Geheimenrathes vom 5. Novbr. 1870 über die Beschwerde des Mitgliedes einer ritterschaftlichen Familie wegen Nichteintragung derselben in das Verzeichniß der in Württemberg begüterten ritterschaftlichen Familien. Diese Eintragung setzt voraus, daß das Haupt der Familie, welcher das in Württemberg belegene Rittergut gehört, württembergischer Staatsbürger ist. Eine auf die Eintragung in die Matrikel bezügliche Verfügung des Ministeriums des Innern ist nicht unabänderlich, wohl aber Gegenstand der Beschwerdeführung bei dem K. Geheimenrathe, wenn der Rekurrent behauptet, hiedurch in einem Rechte verletzt zu sein.

Eine frühere reichs-ritterschaftliche, im Jahre 1806 unter die württembergische Landeshoheit gekommene freiherrliche Familie, welche im Jahre 1842 ihr in Württemberg belegenes Stammgut verkauft hatte und daher aus der Matrikel des ritterschaftlichen Adels gestrichen war, erkaufte mit dem Kapital des nach den Grundsätzen des Majorats vererbbaren Familienfideikommisses später wieder ein in Württemberg belegenes Gut, welches durch Beschluß der Adelsmatrikelkommission als besonderes, für sich bestehendes Rittergut in der Matrikel aufgeführt wurde. Der Inhaber des Majorats ist ein nicht im württembergischen Unterthanenverbande stehendes Mitglied der Familie; dagegen verlangte ein im Besitze des württembergischen

Staatsbürgerrechtes befindliches Familienmitglied die Eintragung der betreffenden Familie in das Verzeichniß des begüterten ritterschaftlichen Adels, wodurch seine passive Wahlfähigkeit bei den ritterschaftlichen Wahlen, wie auch der privilegirte Gerichtsstand in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Gemäßheit des Art. 6 des Gesetzes vom 17. Aug. 1849, betr. die Aufhebung der befreiten Gerichtsstände und der Justiz-Nov. vom 15. Sept. 1822, §. 1, lit. b, Z. 2, bedingt ist. Auf diese Bitte erging unter dem 25. Jan. 1862 ein Erlaß des Ministeriums des Innern, daß, da der Gewährung dieses Gesuches ein Hinderniß nicht im Wege stehe, die Adelsmatrikelkommission beauftragt werde, die betreffende Familie der Matrikel wieder einzuverleiben und dafür zu sorgen, daß dieselbe künftig auch in das zum Zwecke der ritterschaftlichen Abgeordnetenwahlen zu veröffentlichende Verzeichniß aufgenommen werde. Von dem Ergehen dieser Verfügung wurde dem Petenten Eröffnung gemacht. Eine Bitte desselben um Bekanntmachung dieser Anordnung im Regierungsblatt wurde jedoch als der bestehenden Uebung nicht entsprechend nicht nur ablehnend beschieden, sondern es fand auch der Vollzug der Ministerialverfügung vom 25. Jan. 1862 bei der Matrikelkommission Anstände und das K. Ministerium des Innern erwiederte mit Erlaß vom 7. Juli 1868 auf eine an dasselbe gerichtete Bitte um nachträgliche Aufnahme der Familie in das für die bevorstehenden ritterschaftlichen Wahlen veröffentlichte Verzeichniß, daß in das gedachte Verzeichniß nach den bestehenden Grundsätzen nur die immatrikulirten adeligen Familien aufzunehmen gewesen seien, deren Häupter württembergische Staatsbürger sind und sich in rechtlichem Besitze oder Mitbesitze eines in Württemberg belegenen Rittergutes befinden, daß aber diese Voraussetzung bei der Familie des Anrufenden nicht zutreffe, wie sich aus seinem eigenen Vorbringen ergebe. Hiegegen wurde Beschwerde an den K. Geheimenrath erhoben und diese Beschwerde in erster Linie darauf gestützt,

daß nach Eröffnung der willfährigen Ministerialentschließung vom 23. Jan. 1862 das Ministerium des Innern nicht befugt gewesen sei, dieselbe wieder außer Kraft zu setzen. In zweiter Linie wird der Grundsatz selbst unter Berufung auf den Inhalt der Bekanntmachung des Ministeriums des Innern vom 15. Jan. 1818 in Betreff der Errichtung einer die Real- und Personalverhältnisse enthaltenden Matrikel (Rgbl. S. 43 u. f.) und die K. Deklaration der staatsrechtlichen Verhältnisse des reichsunmittelbaren Adels vom 21. Dez. 1821 (§. 7, 11, 16, 17) sowie auf das bisherige Herkommen angefochten und ausgeführt, daß die Frage, ob der Besitzer eines ritterschaftlichen Gutes württembergischer Staatsbürger sei oder nicht, über die Eintragung in das Verzeichniß der begüterten ritterschaftlichen Familien nicht entscheide, da das Familienfideikomiss Gesammteigenthum der Familienglieder sei und dem Majoritätsherrn nur die Rechte eines Nutznießers zukommen. Auch sei dem Beschwerdeführer durch einen besonderen Vertrag gegen Verzicht auf seine Apanage der Mitbesitz an dem Rittergute eingeräumt worden, worüber nachträglich eine schriftliche Urkunde vorgelegt wurde. Bezüglich dieses Vertrages hatte jedoch der Gerichtshof, dem derselbe zur Kognition vorgelegt worden war, ausgesprochen, derselbe unterliege der gerichtlichen Bestätigung nicht, weil dadurch nicht die Veräußerung eines Theiles des betreffenden Familienfideikommisses beabsichtigt erscheine. Der K. Geheimerath faßte hierauf nach einer von der Adelsmatrikelkommission abgegebenen Aeußerung, in welcher insbesondere auch die Behauptung eines den Rekurrenten günstigen Herkommens eingehend widerlegt worden war, den Beschluß, die Beschwerde gegen die Ministerialentschließung vom 7. Juli 1868 aus den derselben beigefügten Gründen als unbegründet abzuweisen.

20) Das Beschwerderecht der in Art. 15 des Gesetzes vom 26. März 1862 über Feldwege, Trepp- und Ueberfahrtsrechte genannten mittelbaren Interessenten. Beschränkung des Art. 18, Abs. 2 und 3 des genannten Gesetzes auf die Markung außerhalb Etters. Bei Expropriationen für Korporationszwecke setzt die Entscheidung des Geheimenrathes über die Nothwendigkeit der Enteignung die Zustimmung der Kreisregierung zu dem Antrag der Gemeindebehörde voraus.

Der Art. 15 des Gesetzes vom 26. März 1862 über Feldwege, Trepp- und Ueberfahrtsrechte bestimmt, daß die bei dem Unternehmen der Gewand- und Feldwegregulirung nicht betheiligten Eigenthümer von Grundstücken, deren Verhältnisse durch die beantragte Wegherstellung voraussichtlich geändert werden, an den betreffenden Verhandlungen zur Wahrung ihrer Interessen theilnehmen können. Auch ist ihnen nach Absatz 2 dieses Artikels vor Genehmigung der beschlossenen Wegherstellung durch besondere oder öffentliche Bekanntmachung derselben mit der Aufforderung, etwaige Einwendungen bei dem Oberamte rechtzeitig vorzubringen, noch besondere Gelegenheit zu geben, ihre Interessen geltend zu machen. Nach Absatz 3 sind solche Einwendungen von der nach Art. 23 zu ernennenden Kollegialstelle nach Umständen zu berücksichtigen. Nach Art. 24 kann von allen Entscheidungen des Oberamtes an die Kollegialstelle, von dieser an den Geheimenrath rekurrirt werden. In Folge einer unter Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften beschlossenen Feldwegregulirung auf einem Theile der Markung der Gemeinde Pl. ergab sich die Nothwendigkeit, um die Einmündung eines Hauptfeldweges in das Dorf zu gewinnen, von 6 bei der Weganlage als Grundbesitzer nicht betheiligten Personen kleinere

Flächen von Hofräumen und Gärten zu erwerben. Eine dieser Personen, Bäcker Chr. W. verweigerte die Abtretung von 18 Quadratruthen von seinem Hofraum und von seinem mit einem Ueberfahrtsrecht belasteten Garten und erhob gegen die seinen Einspruch verwerfende oberamtliche Genehmigung des Planes Beschwerde an die Centralstelle für Landeskulturſachen, nach erfolgter Bestätigung der oberamtlichen Entscheidung an den K. Geheimenrath. Gleichzeitig war der in Anwendung des Art. 18, Abs. 2 und 3 von dem Gemeinderathe gegen den Beschwerdeführer gestellte Expropriationsantrag zu behandeln. Der K. Geheimerath erkannte das Beschwerderecht des Interessenten im Sinne des Art. 15 des Gesetzes an und wies die Beschwerde durch Beschluß vom 17. Dez. 1869 aus materiellen Gründen ab. Bezüglich des Expropriationsantrages war die Einwendung des Bäckers W. insoweit, als er die Abtretung einer Fläche des Gartens betraf, durch die Erklärung, daß er zur Abtretung derselben um den angebotenen Preis eventuell bereit sei, erledigt. Insoweit sich jedoch der Expropriationsantrag auf den Hof bezog, verwies denselben der K. Geheimerath durch Beschluß von demselben Tage zunächst an die K. Kreisregierung zur weiteren Antragstellung, da der Antrag die Herstellung eines Weges innerhalb des Wohnbezirkes der Gemeinde bezwecke und deßhalb nicht nach dem Feldweggesetze, sondern nach den anderweiten Grundsätzen zu behandeln sei, welche für die auf Erfüllung eines allgemeinen Korporationszweckes gerichteten Expropriationsanträge gelten. Nachdem die K. Kreisregierung für den Expropriationsantrag der Gemeindebehörde sich ausgesprochen hatte und somit diejenigen Förmlichkeiten erfüllt waren, von deren Vorhandensein der Geheimerath bei Zwangsenteignungen für Korporationszwecke das Eintreten auf ihre materielle Prüfung abhängig macht, wurde durch Beschluß vom 24. Nov. 1870 die Nothwendigkeit der Abtretung erkannt.

21) Die Rückforderung angeblich wegen zu hohen Katasteranschlags zu viel bezahlter Gemeindeumlagen ist unzulässig. Die Reklamation gegen eine anerkannte Schätzung berechtigt vor ergangener Abänderung der Katasteranlage nicht zu einer Retention der Steuer in dem bisherigen Betrag.

Die Gemeinde Oberjettingen forderte von der Gemeinde Unterjettingen 423 fl. zurück, welche sie von einem ihr gehörigen, auf der Markung der letzten Gemeinde belegenen und zufolge rechtskräftig gewordener Entscheidung dorthin steuerbaren Wald von 1842/54 an Gemeindeschadensumlage bezahlt hatte. Gestützt war die Zurückforderung darauf, daß der Wald an sich und wegen Nichtberücksichtigung einer Reallast zu hoch besteuert sei. Zugleich verweigerte die Gemeinde Oberjettingen bis zu erfolgter Entscheidung über den bestrittenen Katasteranschlag die Fortentrichtung der Steuer in dem bisherigen Betrag. Sowohl die Kreisregierung als das Ministerium des Innern wies die Gemeinde mit ihrer Ersatzforderung ab und erklärte dieselbe für verbunden, den Steuerbetreff nach Maßgabe des bisherigen Katasteranschlags vorbehältlich nachträglicher Ermäßigung und Abrechnung des zu viel Bezahlten, falls sich bei der beabsichtigten Bildung eines neuen Katasters ein niedrigerer Katasteranschlag ergeben sollte, fort zu entrichten. Auf ergriffene Berufung wurden diese Entscheidungen unter Verwerfung des Antrags, die Entscheidung über die Steuerrückforderung bis zur Entscheidung über den angefochtenen Katasteranschlag auszusetzen, durch Beschluß des K. Geheimenrathes vom 8. April 1862 bestätigt. In der Begründung dieses Beschlusses ist gesagt: „Nachdem die Katastrirung des fraglichen Objektes, also dessen Aufnahme in den ökonomischen Verband der Gemeinde Unterjettingen und namentlich auch der Steuer-

anſchlag deſſelben mit Zuſtimmung der Gemeinde Oberjettingen erfolgt war, war es völlig begründet, die dieſem Anſchlage entſprechende Steuer von jenem Objekte zu erheben und wenn nun die Gemeinde Oberjettingen eine Aenderung dieſer Steuerumlage verlangt, ſo iſt zwar mit Grund zu ihren Gunſten der eventuelle Vorbehalt einer ſolchen Aenderung von der Zeit an, da ſie ihre Klage wegen Ueberbürdung erhoben hat, gemacht worden. Allein die vor dieſem Zeitpunkt auf den Grund jener Zugeſtändniſſe erhobenen Steuern können nicht zurückgefordert werden, da einerſeits die damalige, auf Grund allgemeiner Zuſtimmung und nach Maßgabe der §§. 25 und 29 des Verwaltungs-Ediktes erfolgte Steuerumlage als eine vollendete Thatſache ſich darſtellt, deren Abänderung auch mit Rückſicht auf die übrigen dabei betheiligten Steuerpflichtigen und wegen der daraus ſich ergebenden Schwierigkeiten, ſowie Störung und Unſicherheit des Gemeindehaushaltes ebenſowenig zuläſſig erſcheint, als eine Siſtirung der Zahlung von der Zeit an, wo eine Reklamation gegen eine anerkannte Schätzung erhoben worden iſt und andererſeits ein Verſchulden der Steuerbehörde bei jener Steuerumlage in keiner Weiſe nachgewieſen iſt."

22) Die Rückforderung angeblich ohne Rechtsgrund bezahlter Gemeindeumlagen iſt in der Regel nicht zuläſſig. Sie iſt ſtatthaft, ſoweit frembartige Ausgaben in den Gemeinde-Etat und die Gemeindeſchadensumlage aufgenommen ſind.

Der der Stadtgemeinde Rottenburg a./T. gehörige Wald Einwald im Oberamtsbezirk Gerabronn wurde ſeit der im Jahre 1810 erfolgten Erwerbung dieſes Landestheiles als neuſteuerbar, alſo nur ſtaatsſteuerpflichtig behandelt. Vom 1. Juli 1843 an wurde derſelbe in Folge eines Rekurserkenntniſſes des K. Geheimenrathes vom

31. Aug. 1842, welches die allgemeine Steuerpflicht dieſer, wie anderer dem Oberamtsbezirk Gerabronn angehöriger Waldungen ausgeſprochen hatte, von der Ortsgemeinde Bovenzenweiler, bezw. der Gemeinde Spielberg, von welcher dieſer Ort eine Parzelle bildet, zu ſämmtlichen Umlagen, alſo auch zu den Gemeindekoſten beigezogen. Auch Pfarrhausbaukoſten wurden auf den Wald umgelegt. Im Jahre 1853 verlangte die Gemeinde die ſämmtlichen von ihr bezahlten Gemeindeſchadensumlagen von 1843 an zurück, weil der Wald nicht nach Bovenzenweiler gehöre, ſondern eine Markung mit dem zu dem Gemeindebezirk Wildenthierbach gehörigen Weiler Schönhof bilde. Dieſer letztere Streit wurde durch Entſchluß des K. Miniſteriums des Innern vom 11. Juni 1861 erledigt, indem das Miniſterium des Innern die Einverleibung des Waldes in die Markung der Theilgemeinde Schönhof verfügte und der K. Geheimerath die Gemeinde Spielberg-Bovenzenweiler mit der hiegegen erhobenen Beſchwerde als in einem Rechte nicht verletzt abwies. Bezüglich der Rückforderung der bezahlten Steuern, zu deren Begründung im Laufe der Verhandlungen noch weiter geltend gemacht war, daß frembartige Leiſtungen unter dem Gemeindeſchaden von Bovenzenweiler umgelegt worden ſeien, erkannte das Miniſterium des Innern unter dem 11. Juni 1861, gleichzeitig mit der Einverleibung des Waldes in den Gemeindebezirk Wildenthierbach, unter theilweiſer Abänderung der Entſcheidung der Kreisregierung, daß die Beſitzerin des Waldes nur zu den Koſten der Verwaltung der Geſammtgemeinde Spielbach, ſowie der Verwaltung der Polizei und Gerichtsbarkeit in derſelben, ſoweit dieß Sache der Gemeindebehörde ſei, den ſteuerfußmäßigen Antheil zu tragen und etwaige Auslagen der Gemeinde, welche der Einwald als beſondere Markung zu machen gehabt hätte, zu erſetzen verbunden ſei. Hiegegen hatte nur die Gemeinde Spielberg den Rekurs an den K. Geheimenrath ergriffen, worauf dieſe höchſte Adminiſtrativjuſtizbehörde unter dem

24. Juli 1862 dahin entschied, daß die Gemeinde Rottenburg a./T. a) mit ihrem Anspruch auf Rückvergütung der durch die Gemeinde Spielbach-Bovenzenweiler von 1843/53 aus jenem Wald erhobenen Orts- und Gemeindesteuern abzuweisen und b) für verbunden zu erklären sei, von 1853 an bis zur Aufnahme des Waldes in den neuen Markungsverband nicht nur den steuerfußmäßigen Beitrag zu den Gesammtgemeindekosten von Spielbach in der durch das Ministerialerkenntniß angeordneten Weise zu leisten, sondern auch den besonderen Aufwand zu ersetzen, der etwa in dieser Zeit auf den Einwald von der Gemeinde gemacht worden sein sollte, c) daß übrigens der Stadt Rottenburg vorbehalten bleibe, ihre eventuelle Reklamation wegen Aufnahme fremdartiger Leistungen unter die Gemeindeschadensumlagen von 1843/53 im ordentlichen Instanzenweg zu verfolgen. Die Begründung dieser Entscheidung lautet: Der „Einwald" sei im Jahre 1821/23. ohne alle Widerrede von Seiten der Eigenthümerin in das zum Zweck der Aufstellung eines provisorischen Landessteuerkatasters errichtete Ortskataster von Bovenzenweiler und zwar als ein Theil dieser Markung aufgenommen worden und die Stadt Rottenburg habe es bis 1853 fortwährend geschehen lassen, daß, nachdem die Verpflichtung des Waldes zu allen, also auch den Amtskorporationsanlagen beizutragen, ausgesprochen gewesen, dieser von 1843 an zu den Orts- und Gemeindeanlagen von Bovenzenweiler und Spielbach beigezogen worden und gedachte Umlagen alljährlich bis zum Jahr 1853 bezahlt worden seien. Durch dieses von allen Seiten stillschweigend anerkannte und von der Staatsbehörde geduldete thatsächliche Verhältniß sei die Gemeinde Spielbach-Bovenzenweiler berechtigt und verpflichtet worden, von 1843/53 das fragliche Objekt wie jedes andere im Gemeindedistrikt gelegene Grundstück als eine provisorisch zugetheilte Parzelle der Markung Bovenzenweiler und des Gemeindeverbandes von Spielbach zu betrachten und alle obrigkeitlichen und Ver-

waltungsrechte darüber auszuüben; der Gemeinde sei daher auch die Befugniß zugestanden, die Waldung zu den Kosten der Orts- und Gemeindeverwaltung im Verhältniß ihres Steueranschlages beizuziehen und eine Abänderung der dießfälligen, nach Maßgabe des §. 25 und 29 des Verwaltungs-Ediktes erfolgten Steuerumlagen, soweit solche mit Recht als Gemeindeumlagen betrachtet werden können, erscheine auch mit Rücksicht auf die übrigen dabei betheiligten Steuerpflichtigen nicht als zulässig. Von 1853 an, da Spielberg die von Rottenburg und Wildenthierbach verlangte Freigebung des Waldes von dem Steuerverbande mit jener Gemeinde mit Unrecht verweigert, bis auf die neueste Zeit, könne allerdings Spielberg und Bovenzenweiler ein eigentliches Besteuerungsrecht über den Wald nicht mehr zukommen; dagegen sei die hierauf bezügliche Verfügung des Ministeriums von Rottenburg und Wildenthierstein nicht angefochten, wie sie denn auch dadurch, daß Rottenburg nur ein Ersatz für den dem Walde zugekommenen Nutzen von den in jener Zeit faktisch fortbestandenem Verbande mit Bovenzenweiler aufgelegt worden, ihre Begründung finde.

23) Die Nachforderung (Nachholung) der nicht erhobenen Amts- und Gemeindeschadensumlage von einem steuerpflichtigen Grundstück oder Gebäude setzt die Katastrirung des Steuerobjektes und den damit erfolgten Eintritt in den Amts- und Gemeindeverband oder doch die Einleitung hiezu voraus.

Der Spital G. besitzt den Kitzinghof, welcher dem Gemeindeverband B. angehört und früher als neusteuerbar behandelt worden war. Durch Geheimerathserkenntniß vom 1. Dez. 1841 wurde der Anspruch der Gemeinde auf Beiziehung dieses Hofes zu den Amts- und Gemeindeanlagen unter Bezugnahme auf das erste Organisations-

Edikt vom 31. Dez. 1818 und den §. 25 des Verwaltungs-Ediktes von 1822 für begründet erkannt. Nun entstand die Frage, von welchem Zeitpunkte an die zuerkannten Abgaben zu entrichten seien. Die Gemeinde forderte die Steuern von 1827 an, in welchem Jahre das Oberamt den Versuch gemacht hatte, den Hof der Gemeinde einzuverleiben. Das Ministerium hatte auf Steuernachholung von 1837 an erkannt, weil im Jahre 1836 die Frage von der Steuerpflicht zuerst angeregt worden war. Auf erhobene Beschwerde bestätigte der K. Geheimerath dieses Erkenntniß unter Abweisung der über 1837 zurückgehenden Ansprüche aus folgenden Gründen: Die Steuerpflichtigkeit des Hofes gründe sich auf die Gemeindeorganisation von 1818/19. Der Vollzug des betr. Ediktes sei aber hinsichtlich der Einverleibung des Hofes in den ökonomischen Verband der Gemeinde vor dem Jahre 1837 nicht erfolgt. Erst durch die an das Ministerium des Innern eingereichte Eingabe vom 18. Okt. 1836 habe der Gemeinderath die Einleitungen dazu getroffen; vorher aber, d. h. vor förmlicher Aufnahme des Hofes in das Kataster oder wenigstens vor den Einleitungen dazu seien die damit verbundenen Rechte und Pflichten nicht in Vollzug gesetzt worden, namentlich habe die jährliche Steuerumlage auf den Hof nicht geschehen können, die Gemeinde vielmehr ihre Bedürfnisse vor 1837 auf das damals bestandene jährlich wandelbare Steuerkataster bereits umgelegt; ein Grund zu einer weiteren Umlage sei daher nicht vorhanden.

Ebenso wurden in der Beschwerdesache der Gemeinde U. gegen die Hospitalpflege in N. die Ansprüche der Gemeinde auf Nachholung des Amts- und Gemeindeschadens von den Jahren 1821/49 aus einem Walde des Spitals N., welcher bis 1849 als neusteuerbar behandelt worden war, durch Rekursentscheidung des K. Geheimenrathes vom 20. Juli 1863/20. Aug. 1864 abgewiesen, weil dieser Wald vor 1849 nicht katastrirt und damit nicht in den ökonomischen Gemeindeverband aufgenommen war.

In gleicher Weise wurde eine in der Beschwerdesache der Gemeinde Michelsbach und der Amtskorporation Gaildorf gegen die Salinenverwaltung in Wilhelmsglück neuestens ergangene Entscheidung begründet, welche in der folgenden Nummer mitgetheilt wird.

24) Das Recht der Steuererhebung von Grund und Boden ergreift auch die auf demselben errichteten Gebäude und setzt die Katastrirung des Steuerobjektes oder doch die Einleitung hiezu voraus.

Das Steinsalzwerk Wilhelmsglück war im Jahre 1824/25 auf einem etwa 100 Morgen großen Distrikt am Kocher, rechtes Ufer, errichtet worden. Ein zwischen der Gemeinde Uttenhofen, OA. Hall, und der Parzelle Hirschfelden, Gemeindeverbands Michelbach, OA. Gaildorf, entstandener Streitüber das Besteuerungsrecht auf diesem Distrikt wurde durch Erkenntniß des K. Geheimenrathes vom 18. April 1835 dahin entschieden, daß es in Ansehung der Steuerverhältnisse, in welchen ein Theil der Güter in dem streitigen Bezirk bisher zu der Gemeinde Michelbach gestanden sei, ohne Rücksicht auf den Markungsverband bei dem bisherigen Besitzstande zu belassen sei. Während ein über die Vollziehung dieses Erkenntnisses entstandener weiterer Streit noch anhängig war, erschien das Gesetz vom 18. Juni 1849, betr. die Ausdehnung des Amts- und Gemeindeverbandes auf sämmtliche Theile des Staatsgebietes, dessen Art. 9 den Gemeinden und Amtskörperschaften unter Ausschluß der Erhebung einer Gewerbesteuer von den auf Rechnung des Staates betriebenen Salinen und Hüttenwerken das Recht einräumt, sowohl die bei diesen Anstalten befindlichen Gebäude, als auch die dazu gehörige Grundfläche verhältnißmäßig mit Grund- und Gewerbesteuer zu belegen. Aus Anlaß dieser Gesetzesbestimmung war die Besteuerung der Werkgebäude, welche bis dahin nicht zur

Amts- und Gemeindesteuer beigezogen worden waren, zur Erörterung gekommen und von Seiten des Bergrathes anerkannt worden, daß das Salzwerk schon früher einen Bestandtheil der Gemeinde Uttenhofen gebildet habe und für dasselbe die Rechte einer bis jetzt exemt gewesenen Markung nicht beansprucht werden. Schon in dem früheren, unerledigt gebliebenen Streite hatte auch die Gemeinde Uttenhofen die Besteuerung der neuentstandenen Gebäude und Privatgewerbe für sich beansprucht, da auf diese neuentstandenen Steuerobjekte die frühere Geheimerathsentscheidung keine Anwendung leide. Durch Erkenntniß des Ministeriums des Innern wurde jedoch das Besteuerungsrecht der Gebäude, welche auf dem früher nach Michelbach steuerpflichtigen Grund und Boden errichtet waren, dieser Gemeinde zuerkannt, weil die Gebäudesteuer nach dem Gesetz von 1821, §. 6, auch die Steuer aus der überbauten Grundfläche und dem Hofraum in sich begreife und daher ohne Rechtsbeeinträchtigung nur von derjenigen Gemeinde erhoben werden könne, welche das Grundeigenthum zu besteuern habe. Auf Grund dieser Entscheidung erhoben nun die Gemeinde Michelbach und die Amtskorporation Gaildorf den Anspruch auf Nachbezahlung der Gemeinde- und Amtskorporationsanlagen von den bis 1849 nicht zur Steuer beigezogenen Werkgebäuden von 1825/49, welche auf 472 fl. 59 kr. und 213 fl. 49 kr. berechnet wurden, indem sie ausführten, daß dieselben als auf nicht exemtem Grund und Boden errichtet, von ihrer Errichtung an steuerpflichtig gewesen seien und daß eine frühere Beiziehung derselben der Streit mit der Gemeinde Uttenhofen verhindert habe. Diese Nachforderung wurde von Seiten des Bergrathes bestritten und in Abänderung der zu Gunsten der Kläger ergangenen oberamtlichen Entscheidung auf erhobenen Rekurs von der K. Kreisregierung unter dem 8. Jan. 1870 abgewiesen, auch diese Entscheidung von dem K. Ministerium des Innern unter dem 12. April 1870 bestätigt. Die Kreisregierung habe, führte

das Ministerium aus, dem Umstande, daß vor dem Jahre 1849 die Gebäude der Salinenverwaltung in Wilhelmsglück nicht in die Steuerkataster der Amtskörperschaft und der Gemeinde Michelbach aufgenommen und bei der Umlage berücksichtigt worden seien, mit vollem Rechte eine entscheidende Bedeutung beigelegt, weil der Amts- und Gemeindeverband erst dadurch, daß die in demselben sich befindenden Steuerobjekte wirklich in die Steuerkataster aufgenommen und zur Steuer beigezogen werden, zur Perfektion gelange. Auf erhobenen Rekurs faßte der K. Geheimerath unter dem 6. August 1870 den Beschluß, es sei derselbe aus den den Erkenntnissen der beiden vorigen Instanzen beigegebenen Gründen zu verwerfen und den rekurrirenden Körperschaften die auf 25 fl. berechnete Sportel je hälftig zuzuscheiden.

25) Die Beiziehung des Kapitaleinkommens erledigter evangelischer Pfarreien zur Kapitaleinkommensteuer.

Die Pfarrei H., OA. L., erhielt während der Erledigungszeit (23. Sept. 1852 bis 19. Mai 1856) zwei Ablösungskapitalien für Zehntrechte und auf den dortigen Zehnten ruhende Besoldungstheile mit 9151 fl. 44 kr. Nach einer Uebereinkunft vom 28. Mai 1853 übernimmt die Staatsfinanzverwaltung den Einzug aller Ablösungskapitalien, bezw. Renten der evangelischen Pfarreien (auch der Patronatsstellen) für Rechnung des Grundstocks des Staatskammergutes und zur Verwendung für diesen, bleibt übrigens verpflichtet, die Kapitalien den einzelnen Kirchenstellen zum Zweck von Grunderwerbungen oder anderen nützlichen Verwendungen nach dem Erkenntniß der Oberkirchenbehörde und der Finanzbehörde zurückzubezahlen, auch im Falle der Herstellung eines abgesondert zu verwaltenden allgemeinen Kirchenvermögens die Gesammtheit der an das Staatskammergut übergegangenen Ablösungskapitalien zurück-

zu geben. Die übernommenen Kapitalien werden den Pfarrstellen von der Finanzverwaltung zunächst mit 4 Proz., von der Tilgung eines jeden in Einer Urkunde enthaltenen Ablösungskapitals an mit 4½ Proz. in vierteljährigen Renten verzinst und dieser Zins wird unter den Elementarlasten des Kammergutes verrechnet. Würde hiebei nach dem Stande des Zinsfußes ein Verlust für die Finanzverwaltung sich ergeben, so kann eine Minderung dieses Zinsfußes eintreten. Bei Ausführung dieser Uebereinkunft gegenüber der Pfarrei H. brachte das Kameralamt die Steuer aus dem vierteljährlich zu entrichtenden Zins des Ablösungskapitals in Abzug, was die Oberkirchenbehörde veranlaßte, das Kameralamt mit einer Reklamation hiegegen bei dem Steuerkollegium zu beauftragen. Die Reklamation stützte sich darauf, daß von dem Zinse die Amtsverwesereikosten abzuziehen seien. Da es dem Konsistorium zustehe, die Einkommenstheile zu bestimmen, welche für den Pfarrverweser verwendet werden sollen, und dasselbe diese Bestimmung in der für den Unterstützungsfonds wenigst lästigen Weise treffe, so seien nur 1 fl. 4 kr. Zinse zu versteuern. Das Steuerkollegium erwiederte, daß es keinen Grund gefunden habe, von dem bestehenden und von dem katholischen Kirchenrathe anerkannten Grundsatze abzugehen, daß die Amtsverwesereikosten von dem Ertrage der Kapitalien nicht abgezogen werden dürfen. Aus Anlaß weiterer ähnlicher Fälle wurde eine weitere Vorstellung bei dem Steuerkollegium erhoben, in welcher der Grundsatz im Allgemeinen angefochten und außer dem Verlangen der Freilassung der Zinse bis zum Betrag der Amtsverwesereikosten die Beiziehung zur Kapitaleinkommenssteuer nur bei solchen evangelischen Pfarreien als gerechtfertigt anerkannt wurde, welche längere Zeit, wenigstens 1 Jahr vom Normaltermin (1. Juli) an erlediget seien. Das Steuerkollegium beharrte darauf, daß sämmtliche Kapitalien und Renten einer erledigten Pfarrei nach dem Stande vom 1. Juli nach ihrem vollen Ertrage zu fatiren

seien. Eine an das Finanzministerium gerichtete Beschwerde wurde von demselben durch Erlaß vom 13. April 1867 abgewiesen. Auf die hiegegen bei dem K. Geheimenrathe erhobene Beschwerde erging unter dem 5. Febr. 1868 folgende Entscheidung:

Die gegen Beiziehung der von der Staatsfinanzverwaltung verabfolgten Zinsen zur Kapital-Einkommenssteuer in erster Linie erhobene Einrede, daß dieselben nur den Namen „Zinse" haben, in Wirklichkeit aber ordentliche Geldbesoldungen seien, können nur bei solchen Pfarreien zutreffend erachtet werden, deren Ablösungskapitale die Staatsfinanzverwaltung vermöge der Einverleibung des evangelischen Kirchengutes auch ohne die Uebereinkunft vom 28. Mai 1853 für das Staatskammergut hätte einziehen können, weil bei den sogenannten Kirchengutspfarreien dasselbe nicht Kapitalschuldner geworden sei und daher die ebengenannte Uebereinkunft nur die Bedeutung haben könne, den Maßstab der an den Kapitaleinzug sich knüpfenden Besoldungserhöhung sowie die Einräumung an die Oberkirchenbehörde auszudrücken, daß diese über die Erwerbung von Grundeigenthum an Stelle des abgelösten Rechtes zur Nutznießung für den Inhaber der Kirchenstelle allein erkenne. Dagegen begründe die gedachte Uebereinkunft, indem sie die Belastung des Staatskammergutes mit einer verzinslichen Schuld ausspreche und der Oberkirchenbehörde das Recht der Rückforderung des Kapitals zum Ankauf von Grundeigenthum für die einzelnen Pfarrstellen einräume, bei solchen Pfarreien, bei welchen, wie namentlich bei den Pfründepfarreien, das Staatskammergut nicht zugleich Eigenthümer und Schuldner der Kapitalforderung wäre, keinen anderen Rechtstitel, als den eines Zinsanspruches aus einer bei der Grundstocksverwaltung des Staates angelegten Kapitalforderung; es sei demgemäß die Beschwerde gegen die Entscheidung des K. Finanzministeriums, insoweit letztere auf die ebenbemerkten Pfarreien sich beziehe, als nicht begründet abzuweisen

andererseits aber die Entschädigung, welche die sogenannten Kirchengutspfarreien von der Staatsfinanzverwaltung für die von dieser eingezogenen Ablösungskapitalien empfangen, nicht als ein unter Art. 1, II. des Gesetzes vom 19. September 1852 fallendes Einkommen zu erkennen.

Anbelangend die Pfründpfarreien, auf deren Intercalargefälle dem geistlichen Unterstützungsfonds ein Anspruch zustehe, so sei aus dem Schlußsatze des Art. 1 des eben bemerkten Gesetzes nicht die Absicht abzuleiten, daß deren Zinseinkommen überhaupt nicht Gegenstand der Kapitalsteuer sein könne. Deßhalb finde auf dasselbe auch die allgemeine Bestimmung der Art. 5, II. und 7, a) des Gesetzes Anwendung, wonach je der Stand am 1. Juli für die Steuerentrichtung maßgebend sei; es erscheine deßhalb die Verfügung des K. Finanzministeriums gesetzlich begründet, welche einem rechtlichen Anspruch darauf nicht stattgebe, daß bei Pfarreien, deren Erledigung weniger als ein Jahr vom 1. Juli an dauere, durchaus ein Kapitalsteueransatz völlig unterbleibe. Die gegen diese Verfügung erhobene Beschwerde sei hienach abzuweisen.

Dagegen ergebe sich aus dem erwähnten Schlußsatze des Art. 1 des Gesetzes, daß eine doppelte Besteuerung des Zinseinkommens der Pfarreien nicht stattfinden solle, und es mache dießfalls das Gesetz keinen Unterschied zwischen besetzten und erledigten Stellen; dieses Einkommen sei daher, soweit es am 1. Juli für geleistete Dienste von einem definitiven Geistlichen oder von einem Amtsverweser, zu deren Unterhalt zu dienen das Pfarreinkommen rechtlich bestimmt sei, bezogen werde, nach Ziffer III. des Art. 1 zu besteuern, mithin von der Kapitalsteuer frei zu lassen. Die sogenannte Vakaturkasse erscheine nicht als die Bezieherin, sondern nur als Vermittlerin des Pfarreinkommens für die verschiedenen zu dessen Bezug berechtigten Personen und es richte sich darum die Entscheidung darüber, ob und in wie weit das Zinsein-

kommen einer erledigten Pfarrei zur Kapitalsteuer beizuziehen sei, lediglich nach der subjektiven Kapitalsteuerpflicht derjenigen, welche am 1. Juli ganz oder theilweise berechtigt seien; hiebei könne der Oberkirchenbehörde die Befugniß nicht bestritten werden, die Zinse zunächst zur Belohnung des Pfarrverwesers zu bestimmen, indem ihr überhaupt die Bestellung der Amtsverweserei und die Festsetzung der Modalitäten derselben zustehe.

26) Die Beiziehung der Ablösungsgelder für kirchliche Zwecke zur Kapitaleinkommensteuer.

Im Jahre 1868 trugen 18 Stiftungsräthe des Oberamtes Gerabronn dem K. Steuerkollegium die Bitte um eine allgemeine Verfügung vor, daß die Ablösungsgelder für kirchliche Zwecke der Kapitalsteuer nicht unterliegen. Sowohl das K. Finanzministerium als der K. Geheimerath sprachen unter Verwerfung der Beschwerde gegen die jenes Gesuch abweisende Verfügung des Steuerkollegiums vom 21. Juni 1869 aus, daß diese Verfügung, wonach den Ablösungskapitalien für kirchliche Zwecke Freiheit von der Einkommensteuer nicht zukomme, als im Gesetze begründet zu erkennen sei. Die Entscheidung des K. Geheimenrathes vom 29. Jan. 1870 ist mit Folgendem begründet:

Dem von den Beschwerdeführern erhobenen Anspruche stehe entgegen, daß das Gesetz vom 19. September 1852 den vollen Jahresertrag der verzinslich angelegten Kapitalien ohne Rücksicht auf die Verwendungsart desselben als steuerbar erkläre und daß eine analoge Anwendung des Art. 3 A. b., wonach die Aktiven der Schulfonds, mögen sie durch Ablösungen oder sonst entstanden sein, von der Einkommensteuer frei bleiben, dem Sinne der Verabschiedung des Gesetzes widerstreiten würde, wonach die Zinseneinnahmen der Stiftungspflegen für kirchliche Zwecke der gesetzlichen Besteuerung darum unterliegen

sollen, weil diese Zinsen zu Bestreitung von Lasten dienen, welche an sich zunächst den Kirchengemeinden obliegen würden, und weil Gemeinden, denen ein solches Einkommen zufließe, sei es aus ursprünglich gestifteten Kapitalien, sei es in Folge der Verwandlung einer auf dem Besitzthum Dritter radizirt gewesenen Verbindlichkeit in ein Kapital, gegenüber von anderen Gemeinden, welche ohne eine solche Beihilfe die Mittel zu Befriedigung der kirchlichen Bedürfnisse aufbringen müssen, einen Vortheil genießen, dessen Erhöhung durch Steuerfreiheit, mithin auf Kosten der übrigen Steuerpflichtigen, im Rechte und in der Billigkeit nicht begründet wäre.

Die Einwendung, daß die Lastenabfindungskapitalien in Wirklichkeit keinen Ertrag gewähren, weil dieser zu Erfüllung der gesetzlich damit zu deckenden Aufgaben erforderlich sei und nicht einmal zureiche, treffe deßhalb nicht zu, weil die Kapitalien nach dem hier maßgebenden Art. 40 des Zehntablösungsgesetzes vom 17. Juni 1849 denjenigen zugewiesen worden seien, zu deren Gunsten die Leistungsverbindlichkeit bestanden habe, und diesen wie einst aus der Leistung eines Dritten so jetzt aus dem Ablösungskapital ein Genuß erwachse, indem sie um so viel weniger für die Befriedigung ihrer Bedürfnisse aus eigenen Mitteln aufzubringen haben; hiebei sei es bezüglich der Einkommenssteuerpflicht ohne Bedeutung, ob die Leistung Dritter für die Kirchengemeinden früher größer gewesen sei, als der nunmehrige Zins aus dem Ablösungskapitale, und ob diese Leistung einst auf Grund der §§. 21—23 des Katastergesetzes vom 15. Juli 1821 zur Gefällsteuer wirklich beigezogen worden sei; auch sei die Kirchengemeinde als Körperschaft darum nicht weniger als im Genusse des Zinsenertrages stehend zu betrachten, weil dieser gesetzlich für eine künftige Generation aufwachsen zu lassen sei und nicht von der jetzigen Generation frei verwendet werden dürfe. Es sei deßhalb auch nicht richtig, wenn die Beschwerdeführer die Sachlage,

für welche die diesseitige Entscheidung vom 1. Dez. 1855 gegeben worden sei, mit der jetzigen Sachlage für gleichbedeutend erachten und in dieser Entscheidung die Steuerfreiheit der Abfindungskapitalien überhaupt ausgesprochen zu finden glauben; die Entscheidung vom 1. Dez. 1855 habe sich nur auf die Frage bezogen, ob die Bestimmung des Steuergesetzes, daß Passivzinsen oder Schulden am Jahresertrag von Kapitalien nicht sollen abgezogen werden dürfen, auch auf den Fall anwendbar sei, wo Ablösungskapitalien, welche nach den Gesetzen von 1848 und 1849 für Lasten verhaftet gewesen, wegen des Mangels eines Komplexlastenablösungsgesetzes noch unausgeschieden unter den Ablösungskapitalien eines Lastenverpflichteten sich befunden haben. Diese Frage liege aber nicht mehr vor, nachdem die Kapitalien an diejenigen Kirchengemeinden verabfolgt worden seien, zu deren Gunsten die Leistungsverbindlichkeit bestanden habe und welchen nunmehr der Ertrag des Abfindungskapitals zu gut komme, indem hiebei ein dem Besitze dieser Kapitalien gegenüberstehendes Schuldverhältniß gegen Dritte gar nicht mehr in Frage kommen könne.

27) Beiziehung eines Konsumvereines zur Gewerbesteuer.[16]

Bei dem Steuersatz auf 1866/67 wurde der Konsumverein in St., weil er auch an Nichtmitglieder Brennmaterialien und Spezereiwaaren verkaufe, für diesen Theil seines Geschäftsbetriebs zur Gewerbesteuer beigezogen, der weitere Geschäftsbetrieb aber, die Waarenabgabe an seine Mitglieder, nicht besteuert. In der hiegegen an das Steuerkollegium gerichteten Beschwerde war der Vorstand des Konsumvereines von der Voraussetzung ausgegangen, daß der Verein wegen der Verkäufe an seine Mitglieder

[16] Vergl. dieses Archiv, Bd. XII, S. 140 u. f. Note 20.

beigezogen worden sei, hatte übrigens auch nach ergangener Belehrung über diese unrichtige Voraussetzung an seiner Bitte festgehalten, es wolle entschieden werden, daß der Verein nicht verpflichtet sei, Gewerbesteuer zu bezahlen, da der Verein ein eigenes Brennmaterialienverkaufsgeschäft gar nicht betreibe, der Spezereiwaarenverkauf an Nichtmitglieder aber nur einen ganz geringen Prozentsatz des Gesammtumsatzes ausmache, auch eine Trennung, wie sie die Einschätzungsbehörde vorgenommen zu haben vorgebe, kaum möglich erscheine. Das Steuerkollegium erkannte unter dem 16. Juli 1867, daß die Abgabe von Waaren an Mitglieder der Gewerbesteuer nicht unterliege, wohl aber der Verkauf an Nichtmitglieder, indem bei demselben die in §. 12 des Gesetzes vom 15. Juli 1821 für die Gewerbesteuer bezeichneten Anhaltspunkte zutreffen. Die hiegegen ergriffenen Beschwerden wurden von dem K. Finanzministerium durch Entscheidung vom 24. Sept. 1867 und von dem K. Geheimenrath durch Beschluß vom 25. Jan. 1868, von letzterem mit folgender Begründung abgewiesen:

Da der Konsumverein nach den eigenen Ausführungen des Rekurrenten grundsätzlich die Waaren an Mitglieder nicht zum Ankaufspreis, sondern zum Marktpreis abgebe, um einen Ueberschuß zu erzielen, und unwidersprochen sowie nach der Natur der Sache den gleichen Grundsatz auch bei Verkäufen an Nichtmitglieder festhalte, so seien in dem zur Verfügung und insbesondere zur Vertheilung an die Mitglieder bezweckten Ueberschuße über die Ankaufspreise nicht blos die von Mitgliedern, sondern auch die von Nichtmitgliedern erhobenen Preiszuschläge inbegriffen; der Verein erziele somit bei dem Verkaufsgeschäfte an Nichtmitglieder einen Handelsgewinn, welcher der Natur der Sache nach theils aus dem Betriebskapital, theils aus der Arbeit des Handelspersonals entspringe; hieran werde nichts geändert, wenn der Verein, wie angegeben, für das bemerkte Verkaufsgeschäft kein besonderes Betriebskapital und kein besonderes Personal halte, indem

die Verkäufe an Nichtmitglieder jedenfalls zu rascherem Umsatze, mithin zu größerem Gesammtertrag des Kapitals, und zu vollständigerer Ausnützung der Kraft und Zeit des Personales mitwirken und in den hiebei erhobenen Preiszuschlägen dem Vereine eine Beihilfe zu dem für das Kapital und für das Personal zu bestreitenden Aufwand, mithin immerhin eine Vermehrung des ganzen Geschäftsüberschusses zufließe.

Hienach werde die Verfügung des K. Finanzministeriums vom 24. Sept. 1867, durch welche die Waarenverkäufe des Konsumvereines an Nichtmitglieder als ein der Gewerbebesteuerung unterliegendes Handelsgeschäft erklärt worden, als ganz mit dem Gesetze vom 15. Juli 1821 im Einklange stehend erkannt und für vollkommen richtig erachtet, daß das K. Finanzministerium die Frage, ob der Verein auf solche Verkäufe grundsätzlich berechnet sei, bei Seite lassend, lediglich die nicht bestrittene Thatsache, daß dieselben stattfinden, seiner Entscheidung zu Grunde gelegt habe.

28) Die Beiziehung der Dividenden aus den Monatseinlagen der Mitglieder einer Gewerbebank zur Kapitaleinkommensteuer. (Art. 3 A. .k des Ges. vom 19. Sept. 1852, betr. die Steuer von Kapital-, Renten-, Dienst- und Berufs-Einkommen.) [17]

Der Kassier der Gewerbebank in E. hat in den Jahren 1866 und 1867 die den Mitgliedern aus ihren Einlagen gut geschriebenen Dividenden zur Besteuerung fatirt und die Steuer bezahlt. Am 29. Dez. 1868 bat der Ausschuß um Rückvergütung dieser Steuer und um

[17] Die angeführte Bestimmung des Gesetzes vom 19. September 1852 lautet wörtlich: k) Kreditvereine, welche unter Kontrole der Staatsbehörde stehen und blos den Zweck haben, Kapitalschulden der

Erlaß der für 1868/69 angesetzten Steuer, weil er diese Dividenden nicht für steuerpflichtig halte, aus folgenden Gründen: 1) der Verein sei kein auf Gewinn berechnetes Aktienunternehmen, er diene bloß den Bedürfnissen der Unternehmer, welche solidarisch haften. 2) Die Monatseinlagen seien keine verzinslichen Kapitalien, da für sie kein Zins bezahlt werde; sie seien vielmehr ein Theil des Betriebskapitals eines jeden der Mitglieder, von welchem die meisten Gewerbesteuer bezahlen müssen. 3) Dem Dividendenbezug stehe die solidarische Haftpflicht gegenüber. 4) Der Geschäftsgewinn komme größtentheils, soweit er nicht aus vorübergehenden Anlagen bei Banken erwachse, aus dem eigenen Beutel der Mitglieder, welche aus den von der Bank erhaltenen Vorschüssen neben 5 Proz. Zins noch 1 Proz. Provision bezahlen müssen; es müßte somit aus den Schulden der Mitglieder Kapitalsteuer bezahlt werden, was unmöglich im Sinne des Gesetzes liegen könne. Das Steuerkollegium wies das Gesuch unter dem 5. Febr. 1869 ab, weil die Eigenschaft der Bank als eines Kreditvereines nach Art. 3 A. k. des Gesetzes nur die steuerfreie Behandlung der Bank mit den bei den Gesellschaftsmitgliedern stehenden Kapitalien begründen könne, welche zugestanden sei, die Freilassung der Gläubiger der Bank aber, als welche auch die Mitglieder mit dem ihnen nach den Statuten zukommenden Guthaben erscheinen, mit der Bestimmung des Art. 3 A. k. letzter Satz des Ges. im Widerspruch stehen würde. Zugleich ordnete das Steuerkollegium die Fassion des Gesammtbetrags der Dividenden

---

Gesellschaftsmitglieder gemeinschaftlich aufzunehmen und nicht auf den Gewinn Dritter berechnet sind, können, sofern sie dieser Bestimmung treu bleiben, nach dem Ermessen der Centralsteuerbehörde mit den bei den Gesellschaftsmitgliedern stehenden Kapitalien frei von der Steuer behandelt werden, wogegen sie mit den Zinsen aus ihren ausnahmsweise etwa anderweit angelegten Kapitalien oder erworbenen verzinslichen Forderungen, sowie ihre Gläubiger mit den dem Kreditvereine geliehenen Kapitalien der Besteuerung unterliegen.

seitens der Bankverwaltung an. Eine hiegegen bei dem Finanzministerium erhobene Beschwerde wurde unter dem 15. Juni 1869 abgewiesen. Der K. Geheimerath, bei welchem gegen die Finanzministerialentscheidung Beschwerde erhoben worden war, ersuchte zunächst das Finanzministerium um Erläuterung dieser Entscheidung in mehreren Punkten. Es frage sich 1) ob dasselbe hiebei von der Voraussetzung ausgegangen sei, daß der Schlußsatz in Art. 3 A. k. des Ges. vom 19. Sept. 1852 die subjektive Steuerfreiheit der Gläubiger des betreffenden Kreditvereines (Art. 2, Abs. 2 des Ges. vom 19. Sept. 1852 oder Art. 2 des Ges. vom 20. Aug. 1861) gänzlich ausschließe, 2) ob auch die Einlagen solcher Gewerbetreibenden, welche gemäß dem Hauptzweck, eine Gesellschaft von Kapitalentlehnern zu bilden, sich betheiligen und in den ihnen ohne Sicherheitsleistung gewährten Vorschüssen thatsächlich Dasjenige zurückempfangen, was als ihr Guthaben zu Buch stehe, deren Aktivzinse mithin nur als die Wirkung einer dem Kontokurrentverhältnisse ähnlichen Berechnungsweise sich darstellen, der Steuer unterworfen sein sollen. Nach Eingang der von dem K. Steuerkollegium hierauf abgegebenen Aeußerung, mit welcher sich das Finanzministerium einverstanden erklärte, faßte der K. Geheimerath unter dem 29. Nov. 1869 folgenden Beschluß:

Soweit die Beschwerde darauf gerichtet sei, daß die statutenmäßigen Guthaben der Mitglieder der Bank als Bestandtheile ihrer schon mit Gewerbesteuer belegten Betriebskapitale von der Kapital-Einkommenssteuer frei gelassen werden, sei dieselbe als erledigt anzusehen durch die Erläuterung, welche von dem K. Steuerkollegium und dem K. Finanzministerium unterm 2. und 17. Nov. 1869 über die Bedeutung der von dem K. Finanzministerium unterm 15. Juni 1869 bestätigten Verfügung des K. Steuerkollegiums vom 5. Febr. 1869 gegeben worden sei, indem hienach die Anordnung der Fassion der Dividenden durch die Bankverwaltung im Namen der einzelnen Mit-

glieder die Dividenden nicht in größerem Umfange habe für steuerpflichtig erklären wollen, als sie es in der Hand jedes einzelnen Mitgliedes seien, so daß bei der Fassion die auf Art. 2, Abs. 2 des Gesetzes vom 19. Sept. 1852 oder auf Art. 2 des Gesetzes vom 20. August 1861 beruhenden Rechte einzelner Mitglieder auf subjektive Steuerfreiheit von der Bankverwaltung geltend gemacht werden können und dieser ferner unverwehrt sei, das Freibleiben der Dividenden aus denjenigen Einlagen, welche mittelst Entnahme von Vorschüssen thatsächlich zurückgezogen worden und nicht aufgehört haben, einen Theil der schon mit Gewerbesteuer belegten Betriebskapitale der Einleger zu bilden, mithin die Beschränkung der Kapital-Einkommenssteuer auf solche Dividenden, welche je bei dem einzelnen Mitgliede die von ihm als Entlehner von der Bank dieser bezahlten Zinsen und Provisionen übersteigen, dadurch zu bewirken, daß sie bei der Fassion der Gesammtsumme der Dividenden eines Jahres den entsprechenden Abzug mache.

Soweit aber die Beschwerde auf völlige Freilassung der Dividenden von der Kapital-Einkommenssteuer gerichtet sei, erscheine dieselbe im Gesetze nicht begründet und sei darum abzuweisen.

Die Gewerbebank, welche ihre Geldgeschäfte nur auf ihre Mitglieder beschränke und darum nicht ein steuerpflichtiges Gewerbe betreibe, auch auf Grund des Art. 3, lit. k. des Gesetzes vom 19. Sept. 1852, von der Besteuerung ihrer bei den Gesellschaftsmitgliedern stehenden Kapitalien entbunden worden sei, vertheile unter die Mitglieder ihre Ueberschüsse nicht, wie die Konsumvereine und die reinen Kreditvereine, nach der Größe der zu deren Bildung geleisteten Zahlungen, sondern nach der Größe der Guthaben der Mitglieder, es nehmen sonach auch solche Mitglieder, welche die Bank vorzugsweise zur Anlegung von Ersparnissen mittelst Monatseinlagen benützen, an den Ueberschüssen Theil; demgemäß stellen sich diese als die Frucht eines hingegebenen Kapitales dar,

soweit sie nicht bei Entlehnern blos als Folge der Buchungsweise der Bank sich ergeben und als Ersatz von zu viel aufgerechneten Zinsen und Provisionen zu betrachten seien. Das Gesetz vom 19. Sept. 1852 unterwerfe aber in Art. 1 nicht nur den Ertrag der gegen bestimmten Zins dargeliehenen Kapitale, sondern in lit. b. die Renten jeder Art der Einkommensbesteuerung und bekunde diese Absicht noch weiter, indem es in Art. 3 A. d. ausdrücklich die Leistungen (in der Regel Dividenden) von Ersparnißgesellschaften, welche ihre Aktivzinse versteuern müssen, unter gewissen Voraussetzungen als steuerfrei erkläre; hienach könne kein Zweifel sein, daß die Dividenden, welche die Gewerbebank in E. ihren Mitgliedern gewähre, soweit sie die Frucht wirklich hingegebener Kapitale seien, seitens subjektiv steuerpflichtiger Personen der Einkommensteuer unterliegen, und es könne hieran der Umstand nichts ändern, daß diese Frucht zugleich eine Prämie dafür in sich schließe, daß die Mitglieder zunächst nach Maßgabe der zu Buch stehenden Antheile an dem Haftungsfonds etwaige Verluste zu tragen haben, indem unter jedem Kapitalertrag der Natur der Sache nach eine Prämie für Verlustfälle inbegriffen sei.

29) Sind Photographen einkommens- oder gewerbesteuerpflichtig?

(Erk. des K. Geheimenrathes vom 4. Sept. 1869).

Ein Photograph hatte in den Jahren 1863/66 sein Berufseinkommen als Photograph fatirt. In einer wegen Steuernachholung, bezw. Steuergefährdung eingeleiteten Untersuchung machte derselbe geltend, daß er nicht einkommensteuerpflichtig, sondern zur Gewerbesteuer beizuziehen sei und nur aus Irrthum sein Einkommen fatirt habe. Das Steuerkollegium erkannte am 16. Febr. 1869, daß derselbe verbunden sei, sein Berufseinkommen als Photo-

graph gemäß Art. 1, III, Art. 5, III, Art. 76 des Gesetzes vom 19. Sept. 1852, zu fatiren und zu versteuern, daß er demnach anstatt der für die Jahre 1864/67 abgegebenen Fassionen, welche nach seiner eigenen Angabe auf Unkenntniß der dießfälligen Bestimmungen beruhen, neue vorschriftsmäßige Fassionen einzureichen und die zurückgebliebene nicht verjährte Steuer nachzubezahlen habe. Gegen das auf ergriffenen Rekurs diese Entscheidung bestätigende Erkenntniß des K. Finanzministeriums vom 30. Juni 1869 erhob der Rekurrent weitere Beschwerde an den K. Geheimenrath, welcher hierauf unter dem 20. Nov. 1869 folgenden die allerdings zweifelhafte Frage erschöpfend beantwortenden Beschluß faßte:

Bei der Frage, ob der Erwerb des Rekurrenten der Gewerbe- oder Berufs-Einkommensteuer unterworfen sei, sei von folgenden Erwägungen auszugehen:

1) Indem der §. 14 des Katastergesetzes vom 15. Juli 1821 unter Punkt 1 diejenigen Personen von der Gewerbesteuer ausnehme, welche einen Kunstzweig als wahre Künstler betreiben, erkläre er ausdrücklich die Kunstzweige als an sich gewerbesteuerpflichtig und unter die in §. 13 genannten Hauptabtheilungen der Gewerbe gehörend, was ganz den ursprünglichen Anträgen des Steuer-Kollegiums entspreche; um so weniger könne hienach ein Erwerbszweig als nicht unter §. 13 inbegriffen angesehen werden, bei welchem nur etwa darüber Zweifel bestehe, ob derselbe nicht überhaupt weniger zu dem Gebiet der Künste, als zu den Handwerken und Fabriken gehöre, indem die in §. 12 des Gesetzes gegebenen Anhaltspunkte für die Gewerbesteuerpflicht, Kapitalgewinn und Arbeitslohn, bei den Unternehmern zutreffen.

2) Da die Ausnahmebestimmung auf die Personen der wahren Künstler sich beschränke, um dieselben gegenüber von Denjenigen hervorzuheben, welche im Felde der schönen Künste handwerks- oder fabrikmäßig arbeiten, so beziehe sie sich einerseits auf jeden Erwerbszweig, bei

welchem die Ausübung als wahre Kunst stattfinden könne, sie schließe aber auch andererseits aus, daß irgend ein Kunstzweig als solcher unter die Ausnahme fallend erklärt werde, ohne Rücksicht auf die Person Desjenigen, der ihn ausübe; wie denn auch die Handwerker-Tabelle zur Gewerbesteuer-Instruktion vom 13. Dez. 1834 von den Malern alle diejenigen gewerbesteuerpflichtig erkläre, welche diesen Kunstzweig nicht als wahre Künstler betreiben.

3) Das Gesetz vom 19. Sept. 1852 lasse durch den Inhalt von Art. 1, Ziffer III, die vorstehenden Bestimmungen unberührt, denn dnrch lit. a. werde nur die durch das Abgabengesetz vom 29. Juni 1821, §. 26, blos für besoldete Künstler festgesetzt gewesene Einkommenssteuerpflicht auf alle diejenigen Künstler ausgedehnt, welche auf Grund des Katastergesetzes für ihre Person zur Gewerbesteuer nicht beigezogen werden, die Schlußworte von lit. b. aber

> „überhaupt allen, welche aus persönlichen Leistungen einen der Gewerbesteuer nicht unterworfenen Erwerb ziehen,"

schließen sich nur in der Weise ergänzend an das Katastergesetz an, daß sie die nach den Grundsätzen dieses Gesetzes nicht als gewerbesteuerpflichtig zu betrachtenden Personen, welche blos aus persönlichen Leistungen einen Erwerb ziehen, als einkommenssteuerpflichtig erklären; diese Bedeutung der angeführten Worte ergebe sich sowohl aus dem Sinne und Zwecke des Gesetzes und aus der Entstehung des Zusatzes als auch daraus, daß nach dem Schlußsatze von Art. 6, so wie er laute, nur bei den unter lit. a. verzeichneten Erwerbsarten, nicht auch bei dem Erwerb unter lit. b. ein damit verbundener Aufwand außer Berechnung zu bleiben habe.

4) Indem das Katastergesetz genaue Merkmale für das Zutreffen der Ausnahmebestimmung in §. 14, Ziff. 1, nicht aufstelle, mache es möglich, daß die Steuersatzbehörden

eine milde Uebung walten lassen gegenüber von Denjenigen, welche theils durch Unterlassung der in der Gewerbeordnung vorgeschriebenen Anzeige des Gewerbebetriebs beim Ortsvorsteher theils durch Abgabe einer Einkommensfassion ihre Behandlung als Künstler beantragen; es sei aber damit gemäß den allgemeinen Grundsätzen der Steuergesetzgebung nicht ausgeschlossen, daß sowohl die Steuersatzbehörden alljährlich prüfen, ob der Ausnahmegrund wirklich vorhanden sei und fortbestehe, als auch die Steuerpflichtigen darlegen, daß ihre fernere Behandlung als Künstler im Gesetze nicht begründet wäre. Nachdem übrigens das Gesetz vom 19. Sept. 1852 alle Diejenigen für einkommenssteuerpflichtig erklärt habe, welchen die Steuersatzbehörde die Behandlung als Künstler nicht verweigere, so bringe es die Natur der Steuergesetzgebung mit sich, daß, so oft Jemand die Behandlung als Künstler durch Abgabe einer Einkommensfassion beantragt und hiegegen weder die Steuersatzbehörde für Gewerbesteuer, noch die Ortssteuer-Kommission für die Berufseinkommenssteuer, noch eine vorgesetzte Behörde Widerspruch erhoben habe, es hiebei für das betreffende Jahr sein Verbleiben haben müsse.

Bei diesen Erwägungen könne der Rekurrent, welcher weder nachgewiesen, noch auch nur behauptet habe, daß von ihm bei dem Ortsvorsteher die durch die Gewerbeordnung von 1836, Art. 2, und von 1862, Art. 4, vorgeschriebene Anzeige für die Gewerbesteuereinschätzung gemacht worden sei, nicht beschwert erachtet werden durch die von dem K. Finanzministerium bestätigte Anordnung des Steuerkollegiums vom 16. Febr. 1869, daß er die Fassionen seines Einkommens als Photograph für diejenigen Steuerjahre zu ergänzen, beziehungsweise Einkommenssteuer nachzubezahlen habe, in welcher er durch die Abgabe von Einkommensfassionen die Behandlung seines Photographie-Einkommens als Ertrag einer Kunstausübung beantragt und keinen Widerspruch hiegegen bei den Steuerbehörden gefunden habe. Dagegen erscheine es als im Gesetze be-

gründet, daß für die anderen Jahre dem Anspruche des Rekurrenten, als Photograph zur Gewerbesteuer, statt zur Einkommenssteuer beigezogen zu werden, stattgegeben werde, wenn er mit dem dießfälligen Antrage an die Gemeindebehörde sich wende, indem durch die Untersuchung des Betriebes außer Zweifel gestellt sei, daß Rekurrent im Felde der schönen Künste nur handwerks-, bezw. fabrikmäßig arbeite, und daß von ihm die Behandlung als Künstler in einzelnen Jahren ohne zureichende Berechtigung beantragt und erlangt worden sei.

30) Die Auslegung des Art. 1, Z. III. des Gesetzes vom 19. Sept. 1852, betr. die Steuer von Kapital-, Renten-, Dienst- und Berufseinkommen.

Hierüber hat sich der K. Geheimerath in einer an ihn gelangten Beschwerdesache durch Beschluß vom 29. Sept. 1870 in folgender Weise ausgesprochen:

Die Bestimmung des Gesetzes vom 19. Sept. 1852, Art. 1, Ziffer III, wonach „das Dienst- und Berufseinkommen jeder Art, welches im Lande erworben werde," der Besteuerung unterliege, umfasse schon nach dem allgemeinen Sprachgebrauch alles Einkommen, welches aus dem im Lande geübten Berufe hervorgehe, gleichviel, ob etwa zeitweise ein einzelner Berufsakt im Auslande entfaltet werde, eine einzelne Verwerthung der Berufsthätigkeit dort stattfinde und eine Zahlung dort eingehe; es würde dem Sprachgebrauche widerstreiten, dem Gesetze den Sinn zu unterstellen, daß z. B. die Bezüge eines Rechtsanwaltes für eine Verhandlung vor einem auswärtigen Gerichte oder für eine Berathung im Auslande von dessen steuerpflichtigem Berufseinkommen auszuscheiden seien oder bei einem Arzte das Einkommen für Besuche, welche er jenseits der Grenzpfähle mache, nicht als Ausfluß seiner inländischen Berufsthätigkeit gelte, vielmehr steuerfrei bleiben solle.

Ueberdieß stehe die angeführte Bestimmung des Einkommenssteuergesetzes in engstem Zusammenhange mit den

Normen der Gewerbebesteuerung, wie dieß der Schlußsatz von lit. b. und die Motive des Gesetzes bekunden; insbesondere habe die Vorschrift in §. 14, Ziffer 1 des Gesetzes vom 15. Juli 1821, wonach diejenigen Personen, welche einen Kunstzweig als wahre Künstler betreiben, von der Gewerbesteuer ausgenommen werden, und die hiemit in Verbindung stehende Bestimmung in §. 26 b. und §. 28 des Gesetzes vom 29. Juni 1821, wonach die besoldeten Künstler mit ihrem Amtseinkommen für besoldungssteuerpflichtig erklärt worden, durch den Art. 7 des Finanzgesetzes vom 29. Juli 1849 und nunmehr durch Art. 1 des Gesetzes vom 19. September 1852 behufs der Ausführung des verfassungsmäßigen Grundsatzes der Allgemeinheit und Gleichheit der Steuerpflicht die Ergänzung erhalten, daß alle — von der Gewerbesteuer ausgenommene — Künstler mit dem Dienst- und Berufseinkommen jeder Art, welches im Lande erworben werde, der Einkommenssteuer unterliegen; es werde die künstlerische Thätigkeit, soweit es sich um deren ökonomische Erfolge handle, in ähnlicher Weise für steuerpflichtig erklärt, wie die gewerbliche Thätigkeit.

Dieser Zusammenhang des Gesetzes von 1852 mit den Gewerbebesteuerungsnormen bestätige, daß die angeführten Worte des Gesetzes nicht in engerem Sinne genommen werden dürfen, als sie in Absicht auf die Gewerbeunternehmungen üblich seien, bei welchen alle einzelnen Geschäftsabschlüsse, mögen sie im Inland oder Ausland gemacht und realisirt werden, als Theile eines bestimmten Gewerbeunternehmens und alle dabei erzielten Gewinne als Ertrag des betreffenden den Mittelpunkt der ganzen gewerblichen Thätigkeit bildenden inländischen Gewerbes, mithin nach §. 12 des Gesetzes vom 15. Juli 1821 als Gegenstand der Gewerbesteuer gelten, es sei denn, daß eine besondere gewerbliche Niederlassung für einzelne Geschäfte an einem anderen Orte sich befinde.

Nun bilde bei dem Rekurrenten sein Beruf in Stuttgart den Mittelpunkt seiner künstlerischen Thätigkeit, er gebe nur auf Ferienreisen bei vorübergehendem Aufenthalt da und dort im Auslande Gastrollen, er erziele also im Auslande nur eine weitere Verwerthung derjenigen Studien und Fertigkeiten, welche er im Mittelpunkte seines Künstlerlebens zu üben gewöhnt sei, und erhalte somit im ausländischen Honorarbezug zugleich eine Vergütung für die dem dortigen Auftreten vorangegangene Arbeit; es müsse darum die aus einer solchen einzelnen Verwerthung seiner Kunst im Auslande erwachsende Einnahme als Ausfluß seiner inländischen Berufsthätigkeit und als Theil des Einkommens betrachtet werden, welches er durch seine Berufsübung im Lande erwerbe und daher nach dem Gesetze zu versteuern habe.

31) Im Falle eines Tauschvertrages über Grundstücke unterliegt der als Aufgeld zu bezahlende Mehrwerth eines Tauschobjektes der Liegenschaftsaccise. Auslegung des Art. 4, Z. 2 des Gesetzes vom 18. Sept. 1852, betr. die Liegenschaftsaccise.

(Erkenntniß des K. Geheimenrathes vom 26. Mai 1869 in der Beschwerdesache des Brmstrs. N. von O. gegen den Acciseansatz aus einem Waldtauschvertrag.)

Die Gründe des Erkenntnisses lauten:

„Der Anspruch auf Accisefreiheit, welchen der Beschwerdeführer daraus ableite, daß das Gesetz vom 18. September 1852 ganz bedingungslos alle Tauschverträge, wodurch Gutsarrondirungen bewirkt werden, für frei von Accise erkläre, sei als weder in den Worten noch in dem Sinne dieses Gesetzes begründet zu erkennen.

Dieses Gesetz begünstige in Art. 4 die Güterzusammenlegungen durch Befreiung von der Accise, stellen aber in den Ziffern 1 und 2 die zwei Fälle einander gegenüber, daß die Zusammenlegung eine Markungs- oder Ge-

wand-Regulirung bezwecke oder daß sie blos die Arrondirung des Grundbesitzes von Einzelnen bewirke.

Bei Güterzusammenlegungen der ersteren Art bringe es der Zweck mit sich, daß die ganze Markungs- oder Gewandfläche behufs geeigneterer Benützung neu vertheilt werde, wobei jeder Grundbesitzer eine seinem bisherigen Besitze in Größe oder doch im Werthe gleiche Grundfläche erhalte; es finde also schon vermöge des Zweckes lediglich eine Vertauschung von Grundfläche gegen Grundfläche statt und nur ausnahmsweise trete eine Geldausgleichung hinzu, wo eine solche wegen besonderer Umstände im Zwecke begründet sei. Alle diese Eigenthumsveränderungen erkläre die Ziffer 1 als accisefrei.

Im zweiten Falle dagegen, wo nicht ein allgemeineres, sondern zunächst nur ein einzelnes Interesse vorliege, begünstige das Gesetz die Gutszusammenlegung gleichfalls soweit Grundstück gegen Grundstück vertauscht werde; weiter aber erstrecke die Ziffer 2 die Accisefreiheit nicht. Hiebei trete gegenüber von Ziffer 1 eine Erweiterung ein, insoferne weder ein Zusammenliegen der Tauschobjekte auf einer Markung oder in einem Gewende, noch ein gemeinsames Uebernehmen mehrerer Feldbesitzer stattzufinden habe; allein eben wegen dieser Erweiterung, für welche die nach Ziffer 1 im Zwecke selbst liegende Begrenzung nicht bestehe, dehne das Gesetz die Accisefreiheit nicht auf andere Ausgleichungsobjekte aus, wie in dem ersten Falle.

Dieser aus den Worten und dem Gegensatze der Ziffer 2 zu Ziffer 1 des Art. 4 sich ergebende Sinn des Gesetzes von 1852 werde bestätigt durch dessen Zusammenhang mit dem Gesetze vom 18. Juli 1824, zu welchem dasselbe ein Zusatzgesetz bilde. In Art. 1 des Gesetzes von 1852 werde die Accise auf ein Prozent des Kaufpreises oder des Werthes der denselben vertretenden Gegenleistung festgesetzt; nach Art. 1 des Gesetzes von 1824 aber werde ein Tauschvertrag wie ein doppelter Kaufver-

trag angesehen, so daß von jedem der vertauschten Gegenstände die Accise nach dem wahren Werthe derselben zu entrichten sei. Wenn nun von dieser Regel des Acciseansatzes durch den Art. 4, Ziffer 2 des Gesetzes von 1852 eine Ausnahme bei Tauschverträgen zur Gutsarrondirung, soweit die Tauschobjekte in Grundstücken bestehen, gemacht werde, so heiße dieß der gesetzlichen Behandlungsweise gemäß nichts anderes, als die aus jedem der Tauschobjekte an sich zu berechnende Accise falle insoweit weg, als die Werthe der vertauschten Grundstücke nach Maßgabe des Vertrages sich gleichstehen, während derjenige Werthsbetrag auf Seite eines Kontrahenten nach wie vor accisepflichtig sei, welchem nicht mehr die Gegengabe eines Grundstückes, sondern die Gegengabe von Geld Seitens des anderen Kontrahenten vertragsmäßig gegenüberstehe.

Wie nun bei dem Acciseansatz überhaupt ein Unterschied zwischen dem Werthe der Grundfläche und dem Werthe des mitveräußerten einen Bestandtheil derselben bildenden Zuwachses nicht zu machen sei, so habe auch bei den in Art. 4, Ziffer 2 des Gesetzes von 1852 genannten Tauschverträgen außer Betracht zu bleiben, ob dem Taxationsverfahren in der Vertragsurkunde Ausdruck gegeben worden und ob etwa der höhere Werth des einen Tauschobjektes lediglich aus dem größeren Zuwachse hervorgehe; es komme stets der Werth des einen Grundstückes sammt Zuwachs gegenüber dem Werth des anderen Grundstückes sammt Zuwachs je als ein Ganzes in Betracht. Da nun nach dem vorliegenden Tauschvertrage dem einen Grundstücke sammt Zuwachs neben Grundstücken sammt deren Zuwachs auch eine Gegengabe von 34,152 fl. 12 kr. gegenüberstehe, so sei diese Summe als derjenige Werth zu betrachten, welchen der eine Tauschkontrahent in Grundstücken mehr weggegeben habe, als sein Gegenempfang in Grundstücken betrage, und es sei darum gesetzlich begründet, daß diese Summe der Acciseberechnung zu Grunde gelegt werde."

32) Unzulässigkeit der Erhebung irgend einer Abgabe, auch eines sog. Einkaufsgeldes von ortsfremden Frauen, welche durch Heirath das Ortsbürgerrecht erwerben, für die Theilnahme an den bürgerlichen Nutzungen. (§. 1 des B.-Ges. vom 4. Mai 1868.)

Der §. 1 des Bundesgesetzes vom 4. Mai 1868, betreffend die Aufhebung der polizeilichen Beschränkungen der Eheschließung, bestimmt, daß Bundesangehörige zu Eingehung einer Ehe weder des Besitzes noch des Erwerbes einer Gemeindeangehörigkeit (Gemeindemitgliedschaft) oder des Einwohnerrechtes, noch der Genehmigung der Gemeinde oder des Armenverbandes, noch einer obrigkeitlichen Erlaubniß bedürfen. Nach Abs. 2 des §. 1 darf die Befugniß zur Verehelichung insbesondere nicht wegen Mangels des Nachweises eines hinreichenden Vermögens oder Erwerbes, wegen erlittener Bestrafung, bösen Rufes ꝛc. beschränkt werden. Auch darf von der ortsfremden Braut ein Zuzugsgeld oder eine sonstige Abgabe nicht erhoben werden. Dieser letztere Satz ist bei der Berathung in dem norddeutschen Reichstage in Uebereinstimmung mit einer Bemerkung in den Motiven zu dem Gesetze in dasselbe aufgenommen worden. In den Motiven war hervorgehoben, daß aus der Aufhebung aller polizeilichen Beschränkungen der Eheschließung von selbst die Beseitigung der an dieselbe sich knüpfenden Lasten folge, namentlich also der Gebühren und Stempel für die Ausfertigung der obrigkeitlichen Genehmigung, ferner der Verpflichtung der ortsfremden Braut, für den vorgeschriebenen Eintritt in die Heimathgemeinde ihres künftigen Ehemannes eine Abgabe zu entrichten. Nach Art. 26, Abs. 2 des Bürgerrechtsgesetzes vom 4. Dez. 1833 wird jede Ehefrau, abgesehen von der nunmehr durch das Bundesgesetz vom 4. Mai 1868 aufgehobenen Ausnahme des Art. 19 des Gesetzes des

Genossenschaftsrechtes ihres Mannes von Rechtswegen theilhaftig.

Einem Zweifel kann es nach diesen Bestimmungen überall nicht unterliegen, daß der Art. 30 des Bürgerrechtsgesetzes von 1833, wornach es bei den hergebrachten Aufnahmegebühren der Frauenspersonen auch für diejenigen Fälle sein Verbleiben hat, in welchen solche keiner förmlichen Aufnahme durch den Gemeinderath bedürfen, soweit es sich um die Aufnahmegebühren als solche handelt, durch §. 1 des Bundesgesetzes aufgehoben ist. Dagegen glaubte ein Gemeinderath, unter dem Titel einer Einkaufssumme in den Genuß der bürgerlichen Benefizien nach eingetretenem Wittwenstande von ortsfremden durch Heirath mit einem Bürger in das Bürgerrecht eingetretenen Ehefrauen eine Gebühr fordern zu können. Derselbe faßte am 20. Januar 1871 den Beschluß: Da bisher die eingekaufte Bürgerin für die Annahmegebühr von 40 fl. berechtiget gewesen sei, nach dem Tode ihres Mannes in dessen vollen Bürgernutzen in Allmanden und Holz, welcher einen durchschnittlichen Jahreswerth von 24 fl. habe, einzutreten, die Bürgerannahmegebühr, also die Einkaufssumme in den Bürgernutzen sei und einer Frau, welche diese Vergütung nicht bezahle, auch der Eintritt in den Bürgernutzen nicht mehr eingeräumt werden könne, soll für eine fremde Braut der Einkaufspreis für das Recht zum Eintritt in den vollen Bürgernutzen des Mannes, wenn dieser mit Tod abgehe und schon im Bürgernutzen gestanden sei, aber auch zur Anwartschaft auf den Eintritt nach der eingeführten Reihenfolge, wenn und soweit der Mann noch nicht im Genuß gestanden sei, auf 40 fl. festgestellt bleiben und eine Frau, welche diesen Betrag nicht entrichtet habe, von dem Antheil an dem Bürgernutzen ausgeschlossen sein. Die Kreisregierung, welcher dieser Beschluß zur Genehmigung vorzulegen war, ertheilte demselben die Genehmigung nicht, da die ortsfremde Frauensperson durch die Thatsache der Eheschließung des Gemeindegenossenschaftsrechtes des Ehe-

mannes mit allen Folgen, also auch den im Art. 54 des Bürgerrechtsgesetzes bezeichneten der Theilnahme der Wittwe an den Gemeindenutzungen des verstorbenen Ehemannes theilhaftig werde, ohne daß von ihr die Bezahlung einer Aufnahmegebühr nach §. 1 des Bundesgesetzes verlangt werden könne, und da eine Ausnahme von diesen Bestimmungen für solche Gemeinden, in welchen bürgerliche Nutzungen bestehen, weder mit dem Wortlaute noch mit der Intention der gesetzlichen Bestimmungen sich vereinigen lasse, wie denn schon nach dem bisherigen Rechte die Erhebung einer solchen lediglich auf den Bezug der persönlichen Gemeindenutzungen gegründeten Abgabe von heirathenden Frauenspersonen nicht statthaft gewesen sei. Nachdem das K. Ministerium des Innern die hiegegen erhobene Beschwerde unter dem 13. März 1871 aus den von der Kreisregierung angeführten Gründen abgewiesen hatte, erhob der abgewiesene Gemeinderath weitere Beschwerde bei dem K. Geheimenrathe, welcher, da der Gemeinderath behauptete, durch die ergangenen Verfügungen in einem Rechte der Gemeinde verletzt zu sein, seine Zuständigkeit zur materiellen Prüfung der Beschwerde annahm und ohne Ansatz einer Sportel, da die Beschwerde nicht unter das Gesetz vom 13. Nov. 1855 zu stellen war, in der Sache selbst unter dem 3. Mai 1871 folgenden Beschluß faßte: In Erwägung, daß 1) die Vorschrift des Art. 30 des Bürgerrechtsgesetzes vom 4. Dez. 1833 durch den §. 1 (letzter Satz des Abs. 2) des Reichsgesetzes vom 4. Mai 1868 über die Aufhebung der polizeilichen Beschränkungen der Eheschließung als aufgehoben anzusehen sei, daß 2) nach Art. 54 des revid. Bürgerrechtsgesetzes die Wittwe eines Gemeindebürgers von selbst des Genusses der persönlichen Gemeindenutzungen theilhaftig werde, daß 3) die Erhebung eines von der Gebühr für die Bürgerannahme verschiedenen Einkaufgeldes in die Gemeindenutzungen mit dem Bürgerrechtsgesetz und insbesondere mit den die Befugnisse der Gemeindebehörden bezüglich

der Gemeindenutzungen regelnden Vorschriften des Art. 49 dieses Gesetzes unvereinbar erscheine, sei der Gemeinderath in — durch die Entschließung des K. Ministeriums des Innern vom 13. März als rechtlich nicht beschwert zu erachten und daher die von demselben erhobene Beschwerde als nicht begründet abzuweisen.

33) Die Vertretung der Kirchengemeinde in ihren vermögensrechtlichen Angelegenheiten durch den Stiftungsrath, insbes. Beschlußfassung desselben über die Art der Umlage des Defizits der Stiftungspflege auf die Parochianen.[18]

(Erster Fall.) Der Stiftungsrath in N. beschloß unter Zustimmung des Bürgerausschusses unter dem 5. Febr. 1864 bis zu Erledigung eines gegen die Standesherrschaft Thurn und Taxis wegen Deckung des Defizits der Stiftungspflege anhängigen Rechtsstreites zunächst auf 6 Jahre das Defizit durch Umlage auf die Parochianen in der Art zu decken, daß dasselbe zur Hälfte nach dem Steuerfuß aus dem Grund-Gebäude- und Gewerbekataster, zur anderen Hälfte auf die Familien, d. h. alle für sich, nicht in der Familie eines Anderen lebenden Personen, doch in keinem höheren Betrag als 30 kr. für eine Familie umgelegt, daß wegen der Familiensteuer die Wittwen und Eigenbröddlerinnen zur Hälfte in Anspruch genommen und bei gemischten Ehen ohne Rücksicht, ob der zu der katholischen Kirchengemeinde gehörige Theil das Familienhaupt ist oder nicht, gleichfalls von demselben die Hälfte eingezogen werden soll. Hiernach wurde für das Jahr 1863/64 der G.R.Gl. für seine Ehefrau mit 15 kr. Familiensteuer und der Hälfte des nach dem Vermögensbesitz sich ergebenden Ver-

[18] Vergl. dieses Archiv, Bd. VII, S. 281 u. f., Bd. IX, S. 73 u. f.

mögensumlagebetreffs angelegt. Derselbe verweigerte jedoch die Bezahlung, da er selbst der evangelischen Kirche angehöre und kein Gesetz bestehe, welches ihn zur Zahlung für seine Frau verpflichte, auch sonst nur selbstständig lebende Personen, also weder verheirathete Frauen noch Kinder steuerpflichtig seien. Auf die von dem Bevollmächtigten des Stiftungsrathes bei dem Oberamte erhobene Klage auf Bezahlung des geforderten Beitrages wurde der G.R.Gl. von dem Oberamte verurtheilt. Auf ergriffenen Rekurs änderte die K. Kreisregierung die oberamtliche Entscheidung zu Gunsten der Rekurrenten ab, das Ministerium des Innern stellte jedoch auf den Rekurs der Vertreter des Stiftungsrathes die oberamtliche Entscheidung durch Erkenntniß vom 20. März 1866 wieder her. Auf den nunmehr von dem G.R.Gl. ergriffenen Rekurs faßte der K. Geheimerath am 23. Mai 1867 folgenden Beschluß: [19]

In Betracht:

1) daß der Streitgegenstand wegen der Ungewißheit der Dauer und des Betrages der künftigen Umlagen für die Zwecke der kath. Stiftungspflege in Neresheim nicht schätzbar, der vorliegende Rekurs daher als an den K. Geheimenrath erwachsen anzusehen sei;

in Betracht sodann, was die Sache selbst betrifft

2) daß zwar die Befugniß des Stiftungsrathes zu Neresheim, wie überhaupt der örtlichen Stiftungsräthe, unter Mitwirkung des Bürgerausschußes für kirchliche Zwecke Umlagen auf die Parochianen zu beschließen, auf ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen und namentlich das Verwaltungsedikt vom 1. März 1822 sich nicht gründen lasse, daß jedoch nach den aus anderem Anlasse gemachten amtlichen Erhebungen fast allerwärts im Königreiche, wo

---

[19] Diese Entscheidung ist schon früher in Bosscher's Zeitschrift, Bd. X, S. 57, mitgetheilt. Der vollständige Wiederabdruck scheint der Redaktion im Hinblick auf die nachfolgende Entscheidung geboten.

die Kirchenkosten nicht in den Etat der politischen Gemeinde aufgenommen und unter dem Gemeindeschaden umgelegt werden, insbesondere auch im Oberamtsbezirke N. längst die Uebung bestehe, daß die Kirchengemeinden, wenigstens diejenigen, deren Grenzen, wie die der Kirchengemeinde N. mit dem politischen Gemeindebezirke zusammenfallen, die Besorgung ihrer wirthschaftlichen Angelegenheiten und speziell die Beschlußfassung über Kirchenverbandsumlagen, in Ermangelung gesetzlicher Organe hiefür, den zur Verwaltung der Stiftungen berufenen Stiftungsräthen überlassen, ohne daß solches den eingezogenen Berichten zufolge Seitens der Regiminal- oder Kirchenbehörden im Laufe von Jahrzehnten jemals beanstandet worden wäre, daß diese Uebung auch keinem verbietenden Gesetze widerstreite, im Gegentheile in den Bestimmungen der §§. 130 und 131 des Verwaltungsediktes immerhin Anhaltspunkte für dieselbe gefunden werden können, daß überdieß die fragliche Uebung die Natur der Sache für sich habe, insofern von den vorhandenen Behörden die Stiftungsräthe vermöge ihrer Zusammensetzung und des ihnen zukommenden gesetzlichen Wirkungskreises zu einer Vertretung der Kirchengemeinden am meisten geeignet erscheinen, und daß zudem die stimmberechtigten Pfarrgenossen von Neresheim alle dem stiftungsräthlichen Umlagebeschlusse vom 13. Nov. 1863 thatsächlich sich unterworfen nnd damit solchen stillschweigend gut geheißen haben;

3) daß die Beiziehung der Ehefrau des Rekurrenten zu den beschlossenen Umlagen ihrer Eigenschaft als Mitglied der katholischen Kirchengemeinde Neresheim entspreche und diese ihre Verbindlichkeit unzweifelhaft zu den Lasten gehöre, welche auf dem Einkommen der Ehegatten ruhen, welche daher von dem Ehemann mit eben dem Rechte gefordert werden, wie Rekurrent solches wohl, z. B. in Bezug auf geistliche Gebühren nicht werde bestreiten wollen, wobei übrigens dem Rekurrenten vorbehalten bleibe, diese

Leistung im Falle etwaiger gleichzeitiger Besteuerung für die Zwecke seiner eigenen Kirchengemeinde behufs entsprechender Rücksichtnahme geltend zu machen; endlich

4) daß die Vorschriften für die Steuerumlage in den politischen Gemeinden auf die Umlagen für Zwecke der Kirchengemeinden nicht ohne Weiteres anzuwenden seien und weder die Freilassung der Geistlichen und Lehrer, noch die Nichtbeiziehung des Kapitals und Diensteinkommens bei der Umlage gegen gesetzliche Vorschriften in Absicht auf Kirchensteuern verstoße;

in diesen Erwägungen werde hiemit erkannt:

daß Rekurrent mit der angebrachten Beschwerde gegen die Entschließung des K. Ministeriums des Innern vom 20. März 1866 als in einem ihm zustehenden Rechte durch letztere nicht verletzt, abzuweisen sei, unter gleichzeitiger Verfällung desselben in die für dieses Erkenntniß auf 6 fl. festgesetzte Sportel.

(Zweiter Fall.) Der Stiftungsetat der Gemeinde Ober-S. ergab für das Jahr 1869/70 ein Defizit von 250 fl. 37 kr. Der Stiftungsrath hatte zudem 828 fl. Grundstocksgelder und Abschlagszahlungen, welche die —'sche Standesherrschaft während eines noch unerledigten Prozesses auf Abrechnung an dem Ablösungskapital geleistet hatte, zur Deckung des Defizits früherer Jahre für laufende Ausgaben verwendet, wobei außer Zweifel gesetzt wurde, daß selbst im Falle des Obsiegens der Gemeinde in jenem Prozesse die noch zu erwartenden Nachzahlungen der Standesherrschaft kaum zum Wiederersatz der verwendeten Grundstocksgelder zureichen werde. Auf das Ansinnen der Staatsaufsichtsbehörden, durch eine Umlage auf die Kirchengenossen die Sache zu ordnen, beschloß der Stiftungsrath nach mehreren Versuchen, sich diesem Ansinnen zu entziehen, unter dem 10. Dez. 1869, das volle Defizit von 1869/70 mit 250 fl. auf die Kirchengemeinde umzulegen, welcher Beschluß nach erfolgter Genehmigung des gemeinschaftlichen Oberamtes in der Art vollzogen wurde, daß mit Rücksich

auf ihre Leistungsfähigkeit die Kirchengenossen in 4 Klassen eingetheilt und besteuert wurden. Von 152 in das Umlageverzeichniß aufgenommenen Einwohnern leisteten 104 unweigerlich Zahlung. Von den 48, welche bei dem Einzug nicht bezahlt hatten und am 10. Juli 1870 auf das Rathhaus beschieden worden waren, verweigerten nur 17 die Zahlung, während die übrigen erklärten, nachträglich ihren Antheil bezahlen zu wollen. Von denselben reichten 16, K. Gr. und Gen., im Aug. 1870 eine an die Kreisregierung gerichtete Beschwerde gegen die geschehene Umlage ein, in welcher sie dem Stiftungsrath unter Berufung auf die Entscheidung des K. Geheimenrathes vom 2. Mai 1864 [20] das Recht, eine Umlage zu beschließen, bestritten und behaupteten, die große Mehrheit der Kirchengenossen, welche der Umlage durch Zahlung und Zahlungsversprechen zugestimmt hatten, sei nur durch Vorspiegelungen und Einschüchterungen hiezu bestimmt worden. Die K. Kreisregierung zu Ulm verwies die Beschwerde zunächst zurück an das Oberamt, davon ausgehend, daß, nachdem der Stiftungsrath die Deckung des Defizits durch Umlage beschlossen, die angebrachte Beschwerde als gegen eine Maßregel des Stiftungsrathes gerichtet erscheine, welche derselbe in Vertretung der Kirchengemeinde getroffen habe. Die Beschwerdeführer wurden hierauf sowohl von dem Oberamt als von der Kreisregierung, unter dem 29. Nov. 1870 auch von dem Ministerium des Innern abgewiesen. Das K. Ministerium des Innern stützte seine abweisende Entscheidung darauf, 1) daß der von dem Stiftungsrathe Ober-S. mit Zustimmung des Bürgerausschusses unter dem 10. Dezbr. 1869 gefaßte Beschluß, wornach das für das Etatsjahr 1869/70 berechnete Defizit der Kirchenpflege im Betrage von 250 fl. auf die Kirchengenossen umgelegt werden sollte, formell nicht zu beanstanden sei, da die Vertretung der gedachten Kirchengemeinde, deren

[20] Abgedruckt in diesem Archiv, Bd. IX, S. 73 u. f.

Grenzen mit dem politischen Gemeindebezirke zusammentreffen, durch den Stiftungsrath einer allgemeinen Uebung, welche die Natur der Sache für sich habe, entspreche, überdieß die überwiegende Mehrheit der Parochianen dem stiftungsräthlichen Beschluße thatsächlich sich gefügt und solchen damit stillschweigend gutgeheißen habe; 2) daß dieser Beschluß aus den in der Regierungsentschließung angeführten Gründen als materiell gerechtfertigt anzusehen sei. Durch Beschluß vom 13. Febr. 1871 wurde die weitere Beschwerde des K. Gr. und Gen. von dem K. Geheimenrathe gleichfalls ohne einen Sportelansatz abgewiesen, in Erwägung, 1) daß, wenn auch die Befugniß der örtlichen Stiftungsräthe, in Vertretung der Kirchengemeinden für kirchliche Zwecke Umlagen auf die Parochianen zu beschließen, auf ausdrückliche Bestimmungen und namentlich des Verwaltungs-Ediktes vom 1. März 1822, was die Geheimenrathsentscheidung vom 2. Mai 1864 zunächst in Beziehung auf zusammengesetzte Gemeinden allein ausgesprochen, sich nicht gründen lasse, der von dem Stiftungsrathe zu Ober-S. unter Zustimmung des Bürgerausschusses gefaßte Umlagebeschluß doch aus den in der Entschließung des K. Ministeriums des Innern angeführten Gründen formell in Wirklichkeit nicht zu beanstanden sei; 2) daß die Rekurrenten gegen die beschlossene Umlage auch in materieller Beziehung nichts irgend Stichhaltiges vorzubringen vermocht haben, was dieselben als durch deren Genehmigung Seitens der Aufsichtsbehörden in einem Rechte verletzt erscheinen ließe.

34) Das Verhältniß der §§. 36 und 60 der Verfassungsurkunde von 1819. [21]

Aus Anlaß der Beschwerde eines öffentlichen Dieners, welcher sich durch einen wegen einer außerdienstlichen

[21] Der §. 36 der Verfassungsurkunde lautet: Jeder hat das Recht, über gesetz- und ordnungswidriges Verfahren einer Staatsbe-

Handlung gegen ihn ergangenen Ministerialerlaß in seiner Ehre und in seinen staatsbürgerlichen Rechten als verletzt erachtet und deßhalb in Anwendung des §. 36 Beschwerde erhoben hatte, hat der K. Geheimerath den in einer konstanten Praxis festgehaltenen Grundsatz aufgestellt, daß eine Beschwerde an den Geheimenrath nur gebracht werden kann, wenn die Voraussetzungen des §. 60, Z. 1 oder §. 60, Z. 2 der Verfassungsurkunde vorhanden sind und daß auch eine Beschwerde über gesetz- und ordnungswidriges Verfahren einer Staatsbehörde nur in den Fällen des §. 60, Z. 1 und 2 der Verfassungsurkunde bei dem Geheimenrathe erhoben werden kann. Durch Beschluß vom $\frac{28.\ \text{Jan.}}{4.\ \text{Febr.}}$ 1846 wurde demgemäß die Unzuständigkeit zu einer Verfügung auf die erwähnte Beschwerde ausgesprochen, da „für die Aburtheilung von Injurien nach Art. 283 des Strafgesetzbuches nur die ordentlichen Gerichte zuständig seien und der K. Geheimerath eine den Ministerialdepartements vorgesetzte Dienstbehörde nicht sei." Die Auffassung des K. Geheimenrathes über das Verhältniß des §. 36 der Verfassungsurkunde zu §. 60 läßt sich hiernach dahin feststellen: Der §. 36 der Verfassungsurkunde räumt ein Beschwerderecht *nur in der nach den jeweiligen organischen Staatseinrichtungen*

---

hörde oder Verzögerung der Entscheidung bei der unmittelbar vorgesetzten Stelle schriftliche Beschwerde zu erheben und nöthigenfalls stufenweise bis zur höchsten Behörde zu verfolgen. Der §. 60 lautet: Als *entscheidende* und *verfügende* Behörde wirkt der Geheimerath 1) bei Rekursen von Verfügungen der Departementsminister, wobei jedesmal die Vorstände des Obertribunals zuzuziehen sind; 2) bei Rekursen von Straferkenntnissen der Administrativstellen, wobei sechs Rechtsgelehrte zugegen sein müssen, deren Zahl erforderlichen Falls durch Mitglieder des Obertribunals vom Präsidenten abwärts zu ergänzen ist; 3) im Falle des §. 30 (der Expropriation.) Zu Z. 2 ist das Gesetz vom 26. Juni 1821 §. 13 u. f. (Rbl. v. 1821, S. 373) und Art. 10—12 der K. VO. vom 30. Okt. 1821 (Rbl. v. 1821, S. 800) zu vergleichen.

zulässigen Instanzenfolge ein. Eine Beschwerde über gesetz- und ordnungswidriges Verfahren kann mithin stets nur bei derjenigen Behörde angebracht werden, welche für die Hauptsache zuständig sein würde. Ebendeßhalb erscheint auch die Verfolgung einer solchen Beschwerde bei dem K. Geheimenrathe dadurch bedingt, daß zugleich die Voraussetzungen des §. 60 der Verfassungsurkunde vorhanden sind, d. h., daß es sich von einer Angelegenheit handelt, in welcher ein Rekurs an den Geheimenrath nach der dieser Staatsbehörde angewiesenen verfassungsmäßigen (durch §. 60 bestimmten) Stellung zulässig ist. [22]

35) Abweisung der Beschwerde eines Stadtraths gegen die Erlaubniß der Erbauung einer Zündholzfabrik in der Nähe der Stadt. [23]

Die Beschwerde des Stadtraths zu G. gegen die dem Konditor H. dort ertheilte Erlaubniß zu Erbauung einer Zündholzfabrik in der Nähe der Stadt wurde durch Beschluß des K. Geheimenrathes vom 10. Okt. 1846 abgewiesen, weil das von dem Stadtrath vertretene Gemeinwesen durch die von dem K. Ministerium des Innern er-

---

[22] Es kommt der §. 36 der Verfassungsurkunde bei Beschwerden an den K. Geheimenrath nur insoweit zur Anwendung, als dieser §. 36 einen allgemeinen (durch Spezialgesetze vielfach beschränkten) Grundsatz ausspricht, daß der Staatsbürger das Recht der Beschwerdeführung habe. Die Zuständigkeit des K. Geheimenrathes wird jedoch nicht durch §. 36, sondern nur durch den §. 60 der Verfassungsurkunde bestimmt, wie das Beschwerderecht in gerichtlichen Sachen nicht auf dem §. 36 der Verfassungsurkunde, sondern auf den Prozeßgesetzen beruht. Hierauf ist schon oben S. 190 hingewiesen. Die Folge hievon ist, daß der Geheimerath bei allen an ihn in seiner Eigenschaft als entscheidende und verfügende Behörde gebrachten Beschwerden nach den Vorschriften des §. 60, Z. 1 oder 2 der Verfassungsurkunde besetzt sein muß.

[23] Vgl. oben Nr. 15, S. 246 und dieses Archiv I, S. 135 u. f.

theilte Konzession in keinem Rechte verletzt sei, indem aus dem Gesichtspunkte der Sicherheitspolizei entgegenstehende Gründe nicht vorliegen, ebensowenig die aus dem Gesichtspunkte der Gesundheits- und Feuerpolizei erhobenen Bedenken nach gemachten Erfahrungen Beachtung verdienen.

36) Verweigerung der Erlaubniß zu Errichtung einer Seifensiederwerkstätte. [24]

Die durch Entschließung des K. Ministeriums des Innern vom 13. August 1840 an Eberhard T. in R. ertheilte Erlaubniß zur Errichtung einer Seifensiederwerkstätte auf dem Hofraum hinter seinem Hause wurde auf die von mehreren Nachbarn im Rekurswege an den K. Geheimenrath gebrachte Einsprache durch Entscheidung vom 6. Sept. 1841 aufgehoben. Dieser Beschluß wurde damit begründet, daß das beabsichtigte Bauwesen mit vorliegenden, von der Kreisregierung bestätigten stadträthlichen Beschlüssen wegen Erbreiterung von Straßen im Widerspruch stehe, wobei zugleich auf die gesundheitspolizeilichen, in dem Gutachten der vernommenen Techniker entwickelten Rücksichten hingewiesen wurde.

37) Zur Auslegung des Art. 5 des Jagdgesetzes vom 27. Okt. 1855. Beschwerden wegen Zuschlags des Jagdpachtes unter Ausschluß des Meistbietenden fallen nicht unter Abs. 1 des Art. 1 des Gesetzes vom 13. Nov. 1855, betr. die Rechtsmittel in Verwaltungssachen. Die Befugnisse der Staatsaufsichtsbehörde gegenüber den Gemeindebehörden bei Verleihung der Jagd. [25]

Am 30. Nov. 1855 wurde die Jagd von B. im öffentlichen Aufstreich verpachtet. In Ziff. 11 der Pacht-

[24] Vergl. die Citate der Note 23.

[25] Zeitschrift für freiwillige Gerichtsbarkeit, Bd. VI, S. 272, 306, Bd. VII, S. 82, Bd. VIII, S. 185, Bd. IX, S. 250, Bd. X, S. 152.

bedingungen war bestimmt, daß der Gemeinderath unter den Steigerern sich die Wahl vorbehalte. Bei der Versteigerung waren von R. A. T. 16 fl., von R. A. J. 14 fl. 30 kr. von Ziegler P. K. 14 fl. geboten. Der Gemeinderath beschloß mit Zustimmung des Bürgerausschusses, den Pacht dem letzteren zu überlassen, wogegen von Seiten des Oberamtes K. Nichts erinnert wurde. Auf eine Vorstellung des R. A. J., welcher das zweithöchste Offert gemacht hatte und ein Recht auf Zuschlag des Pachtes zu haben behauptete, weil der Meistbietende sich beruhigt habe, erwiderte das Oberamt, daß der Gemeinderath unter den Steigerern nach seinem Vertrauen frei wählen könne. Eine bei der K. Kreisregierung von ihm, bezw. seinem Auftraggeber, Freiherrn v. B., erhobene Beschwerde wurde gleichfalls abgewiesen, wogegen das K. Ministerium des Innern auf weitere Beschwerde durch Entscheidung vom 29. April 1856 den Beschluß des Gemeinderathes außer Wirkung setzte und denselben anwies, den Pacht dem Meistbietenden, bezw. bei dessen Rücktritt dem Nächstbietenden zu überlassen, mit dem Anfügen übrigens, daß dem Gemeinderath die Anberaumung einer neuen Aufstreichsverhandlung, falls er eine solche für angemessen erachten sollte, unbenommen bleibe. Die Gründe dieser Entscheidung waren im Wesentlichen gleichlautend mit den der Ministerialentscheidung vom 12. Dezbr. 1865 beigefügten Gründen, welche schon früher [26] veröffentlicht wurden. Hiegegen erhob nun der Gemeinderath Beschwerde bei dem K. Geheimenrathe, in welcher er behauptete, daß er im Widerspruch mit dem Gesetze in dem Rechte, die Bedingungen des Aufstreiches und des Pachtes festzustellen und jedenfalls aus besonderen hier zutreffenden Gründen auch den Mehrbietenden nicht zuzulassen, verletzt sei. Da

[26] A. a. O., Bd. VIII, S. 185.

der Werth des Streitgegenstandes die Summe von 100 fl. nicht erreichte, so erhob sich gegen die Entscheidung des Ministeriums des Innern das Bedenken, ob die Beschwerde nicht unter den Art. 1, Abs. 1 des Ges. vom 13. Nov. 1855 zu stellen sei, in welchem Fall der Streit durch die Entscheidung der K. Kreisregierung seine endgiltige Erledigung gefunden gehabt hätte. Auf eine hierüber an das K. Ministerium des Innern ergangene Anfrage des K. Geheimenrathes äußerte dasselbe sich unter Bezugnahme auf seine bei Mittheilung der Beschwerde gegebene Ausführung dahin, daß seine Verfügung lediglich den Charakter einer Anordnung der der Gemeinde vorgesetzten obersten Verwaltungsaufsichtsbehörde, nicht aber einer Administrativjustizentscheidung an sich trage. Es handle sich nicht um einen Rechtsanspruch, welchen der Meist- oder Nächstbietende dem Gemeinderath gegenüber darauf hätte, daß ihm vermöge seines Mehrgebotes die Jagd überlassen werde. Ein solcher Anspruch ließe sich nicht wohl anders, als mit privatrechtlicher Grundlage denken und würde mithin vor das Forum des Civilrichters gehören. Vielmehr handle es sich lediglich darum, daß die Aufsichtsbehörde durch die Denunziation des Freiherrn v. B. veranlaßt, den Gemeinderath von Aufsichtswegen anzuweisen gehabt habe, bei der Verpachtung der Gemeindejagd nur gesetzlichen Vorschriften und den allseitigen Interessen gemäß zu handeln. Diese Anschauung scheine auch der Entscheidung des K. Geheimenrathes vom 31. Juli 1856 bezüglich der Jagdverpachtung von Obersulmetingen zu Grund zu liegen. In beiden Fällen handle es sich um die Frage, ob die Gemeindebehörde die Jagdverpachtung nach Maßgabe des Art. 5 des Ges. vom 27. Okt. 1855 in gehöriger Weise vorgenommen habe, um eine reine Verwaltungssache und um eine von der Verwaltungsaufsichtsbehörde getroffene Verfügung. Auch seien die Verfügungen des Oberamtes und der Kreisregierung nicht als Administrativjustizentscheidungen zu betrachten, was daraus hervorgehe,

daß diese Behörden keine Sporteln angesetzt haben. Der K. Geheimerath trat durch Beschluß vom 15. Jan. 1859 dieser Auffassung insoweit bei, als die Unterstellung der vorliegenden Beschwerden unter den Art. 1, Abs. 1 des Gesetzes vom 13. Nov. 1855 in Frage stand. Er verneinte dieselbe und unterstellte den Fall dem Art. 1, Abs. 2 des genannten Gesetzes. Da jedoch der Gemeinderath behauptet hatte, daß ihm durch die Ministerialverfügung ein ihm gesetzlich zustehendes Recht entzogen sei, so nahm der K. Geheimerath seine Zuständigkeit zur materiellen Würdigung der Beschwerde an, erkannte daher in der Sache selbst ohne Ansatz einer Sportel, übrigens abweisend dahin, es sei der Gemeinderath durch die Ministerialverfügung als rechtlich verletzt nicht zu betrachten und daher mit seiner Beschwerde abzuweisen. Unter Hinweisung auf die Entscheidungsgründe des Ministeriums des Innern wurde diese Entscheidung noch weiter mit Folgendem begründet:

Der Natur der Sache nach werde unter dem Aufstreich als Regel die Hingabe an den Meistbietenden verstanden (vgl. Kap. III, Abschnitt 3, §. 3 der Kommunordnung vom 1. Juni 1758), der §. 64 des Verwaltungs-Ediktes mache aber den Regierungsbehörden zur Pflicht, das Eigenthum der Gemeinden gegen Eingriffe, mögliche Mißbräuche, Versäumnisse und Verschuldungen sicher zu stellen erhobene Beschwerden über die Gemeindeverwaltung mit Sorgfalt und Strenge zu prüfen und nach dem Erfund das Geeignete vorzukehren, ohne dieses Aufsichtsrecht auf die jenen Behörden nach §. 65 des Ediktes zur Genehmigung vorzulegenden Gemeinderathsbeschlüsse zu beschränken, weßhalb auch, selbst wenn man annehmen wolle, der Gemeinderath habe im vorliegenden Falle stillschweigend von der im Art. 5, Abs. 2 des Gesetzes vom 27. Okt. 1855 zugelassenen Ausnahme von der Regel des Aufstreiches Gebrauch zu machen beabsichtiget, da er nicht dem Meistbietenden den Pacht zugeschlagen, man doch der

Aufsichtsbehörde die Befugniß zur Prüfung der hier obwaltenden „besonderen Gründe," unter welchen allein jene Ausnahme gesetzlich zulässig sei, nicht abzusprechen vermöge.

Druckfehlerberichtigung.

Seite 231, Zeile 15 von oben, ist zu lesen statt der Worte „der Justiz" „des Innern."

Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

Haften mehrere Vollmachtgeber für die von ihrem gemeinschaftlichen Bevollmächtigten gegen Dritte übernommenen Verbindlichkeiten als Gesammtschuldner?

(Von Dr. Kübel.)

Wenn mehrere Personen, insbesondere Gesellschafter, einen oder mehrere gemeinschaftliche Geschäftsführer (Institoren) bestellt und diese in ihrer Eigenschaft als solche mit Dritten kontrahirt haben, so haften Jene nach den Bestimmungen des römischen Rechtes als Gesammtschuldner — l. 13, §. 2, l. 14 D. de inst. act. (14, 3); l. 1, §. 25, l. 2, l. 4, §. 1, 2 D. de exercit. act. (14, 1); l. 27, §. 8, D. de peculio (15, 1); l. 5, §. 1, D. quod jussu (15, 4), während Diejenigen, welche in eigener Person gemeinschaftlich einen obligatorischen Vertrag mit einem Dritten schließen, im Zweifel, und wenn nicht der Vertrag auf eine untheilbare Leistung gerichtet ist, nur antheilig verpflichtet werden — l. 11, §. 2, D. de duobus reis (45, 2); l. 44, §. 1 D. de aed. ed. (21, 1); l. 4 D. de exerc. act. (14, 1). Im XI. Bande dieses Archives, S. 6 f., wurde nachzuweisen gesucht, daß die solidarische Haftpflicht im ersteren Falle wesentlich auf den

Grundsätzen beruhe, welche im römischen Rechte bezüglich der Stellvertretung gegolten haben und mit den dießfälligen Grundsätzen des heutigen gemeinen Rechtes nicht mehr vereinbar sei. Der heutzutage, wenn auch noch immer nicht unbestritten, geltende Grundsatz der unmittelbaren Stellvertretung bringe es mit sich, daß bei Schließung von Verträgen durch Stellvertreter die mehreren Vertretenen nicht anders haften, als wenn sie in eigener Person gehandelt hätten; es könne daher von einer Solidarhaft, als bloßer Folge des Vertragsschlußes durch einen Stellvertreter, nicht mehr die Rede sein, vielmehr führe die Konsequenz der Verlassung der römischen Grundsätze von der Stellvertretung mit Nothwendigkeit auch zu einem Aufgeben der lediglich in jenen Grundsätzen wurzelnden Solidarhaft.

Das Obertribunal ist dieser Ansicht nicht beigetreten. Schon im Juni 1866, also ehe der vorerwähnte Aufsatz geschrieben war, kam die Frage aus Anlaß der am 26. Juni 1866 erfolgten Entscheidung der Appellationssache Zimmermann c. Kimmel bei dem Obertribunal zur Erörterung. Es wurde damals bemerkt, es sei nicht zu verkennen, daß der gedachte römisch-rechtliche Grundsatz, welcher in seiner theoretischen Begründung mit den römischen Ansichten über Stellvertretung zusammenhänge, mit den in jetziger Zeit dießfalls geltenden Prinzipien schwer in Einklang zu bringen sei. Wenn mehrere Personen, also namentlich auch Gesellschafter, zusammen einen Schuldvertrag abschließen, so werde Jeder von ihnen in Ermangelung einer besonderen gegentheiligen Uebereinkunft schon nach römischem Rechte nur nach seinem Kopftheil und nicht solidarisch verpflichtet. Da nun nach den gegenwärtig gemeinrechtlich geltenden Grundsätzen durch den von einem Stellvertreter geschlossenen Vertrag ein unmittelbares Schuldverhältniß des Vertretenen zu dem dritten Kontrahenten entstehe und dieses Verhältniß rechtlich gerade so zu beurtheilen sei, als ob der oder die Auftraggeber

selbst kontrahirt hätten, sei nicht wohl abzusehen, warum im Widerspruch hiemit angenommen werden solle, daß von mehreren Auftraggebern Jeder solidarisch verpflichtet werde, wenn der Vertrag durch einen gemeinschaftlichen Stellvertreter geschlossen worden, während die Auftraggeber, wenn sie in eigener Person gehandelt hätten, nur pro rata obligirt worden wären. [1] Gleichwohl, wurde weiter gesagt, müsse man Anstand nehmen, diesem Bedenken in dem damals zur Entscheidung vorgelegenen Falle, in welchem es sich um die Haftpflicht der Mitglieder einer Privatleih- und Sparkasse handelte, Folge zu geben. Obschon nämlich die erwähnten Grundsätze über freie Stellvertretung in der deutschen Wissenschaft und Praxis sich längst eingebürgert haben, so werde doch die solidarische Verpflichtung mehrerer Geschäftsherren aus den Verträgen ihrer Institoren von den bewährtesten Autoritäten fortwährend noch als ein feststehendes Dogma jedenfalls für offene Handels- und ähnliche Erwerbsgesellschaften vorgetragen und auch in der Rechtsprechung anerkannt, was wohl vorzugsweise in besonderen Rücksichten des Verkehrs mit derartigen Instituten und in deren eigenem Kreditbedürfniß seine Erklärung finden möge. So habe namentlich das Obertribunal auch in neueren Entscheidungen jenen Grundsatz noch zur Anwendung gebracht, [2] und es sei derselbe nicht nur in das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch übergegangen (Art. 269, 112, 114), sondern auch von der Konferenz zu Dresden als Norm für offene Erwerbsgesell-

[1] Es wurde dabei hingewiesen auf Buchka, Stellvertretung, S. 244 ff.; Samhaber, Korrealobligation, S. 177; Hufnagel, Mitth., Bd. I, S. 217; Seuffert, Archiv, Bd. XV, Nro. 111; Sintenis, Civilrecht, Bd. II, S. 373, Note 70; Protokolle der Dresdener Konferenz, S. 2830.

[2] Entscheidung des Obertribunals vom 11. Febr. 1857 in Sachen Jobst c. Herzog (Seuffert, Archiv, Bd. XII, Nro. 58, Note 9); v. 10. Okt. 1863 in Sachen Honold c. Mebold; v. 29. April 1865 in Sachen Zeh c. Gleich.

ſchaften, welche nicht Handelsgeſellſchaften ſeien, in Vorſchlag gebracht worden (Art. 810 des Dresdener Entwurfes.) Demgemäß iſt dann auch die vorerwähnte Entſcheidung des Obertribunals vom 26. Juni 1866 auf den römiſchen Grundſatz der ſolidariſchen Haftpflicht der durch Vermittelung von Inſtitoren handelnden Geſellſchafter gebaut worden.

Die Stichhaltigkeit der hier für das Feſthalten an dem römiſchen Rechtsſatze geltend gemachten Gründe wird man bezweifeln dürfen. Was es mit der Berufung auf bewährte Autoritäten auf ſich hat, ſoll hier nicht weiter erörtert und nur darauf hingewieſen werden, daß in wiſſenſchaftlichen Fragen nicht die Zahl der Stimmen entſcheidend in die Wagſchale fällt, ſondern die Gründe es ſind, welche gewogen werden müſſen. Wenn ſodann aber weiter für das Feſthalten an der fraglichen Beſtimmung des römiſchen Rechtes auf die Bedürfniſſe des Verkehres hingewieſen wird, ſo wird man doch wohl fragen dürfen, wo denn der Beweis für ein im Verkehre herrſchendes Bedürfniß zu finden ſein ſoll, daß Geſellſchafter, welche durch einen gemeinſchaftlichen Bevollmächtigten mit Dritten handeln, ſtrenger verpflichtet werden, als wenn alle Geſellſchafter gemeinſchaftlich handelnd auftreten. Man wird vielmehr umgekehrt zu der Behauptung berechtigt ſein, daß der heutige Verkehr von einer ſolch wunderlichen, nur an der Hand der Rechtsgeſchichte erklärbaren und der inneren Gründe entbehrenden Unterſcheidung Nichts weiß, wie denn auch keine Geſetzgebung noch Geſetzgebungsarbeit der Neuzeit dieſelbe kennt. Das, was der heutige Verkehr fordert, iſt etwas von dem römiſchen Rechtsſatze durchaus Verſchiedenes, es iſt die ſolidariſche Haftung der Geſellſchafter überhaupt, ohne Unterſcheidung, ob ſie Alle gemeinſchaftlich oder durch einen gemeinſchaftlichen Inſtitor handeln, und Meinungsverſchiedenheit herrſcht nur darüber, ob dieſe für handelsrechtliche Geſellſchaften allgemein anerkannte Solidarhaft auch bei ſonſtigen Kollektivgeſellſchaften und ins-

besondere auch bei der gemeinen offenen Gesellschaft Geltung erhalten solle. Unrichtig ist es daher, wenn geltend gemacht wird, es sei der Grundsatz des römischen Rechtes in das allg. deutsche Handelsgesetzbuch übergegangen. Der Grundsatz, welcher im Handelsverkehre zur Herrschaft gelangt und im deutschen Handelsgesetzbuche demzufolge adoptirt worden ist, ist der Grundsatz der solidarischen Haftung der Gesellschafter überhaupt für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüber von Dritten. Es bestimmt demgemäß der Art. 112 des Handelsgesetzbuches, daß die Handelsgesellschafter für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft solidarisch haften, ohne Unterscheidung, ob alle Gesellschafter gemeinschaftlich oder durch einen Institor gehandelt haben, und im Einklang hiemit enthält der von der Gelegenheitsgesellschaft handelnde Art. 269 die weitere Bestimmung, daß, wenn ein Theilnehmer im Auftrage und Namen der übrigen aufgetreten, oder alle Theilnehmer gemeinschaftlich oder durch einen gemeinsamen Bevollmächtigten gehandelt haben, jeder Theilnehmer Dritten gegenüber solidarisch berechtigt und verpflichtet werde. Von einer Adoption der römisch-rechtlichen Bestimmung ausnahmsweiser Solidarhaft der durch einen gemeinschaftlichen Bevollmächtigten handelnden Gesellschafter enthält sonach das deutsche Handelsgesetzbuch keine Spur, es stehen die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches auf einem prinzipiell durchaus verschiedenen Boden und es kommt hiebei der römische Rechtssatz in Frage gar nicht in Betracht. Zwar ist von Manchen versucht worden, die juristische Konstruktion der Solidarhaft der Handelsgesellschafter auf eine gegenseitige praepositio institoria zurückzuführen. Allein es muß dieser Versuch als ein durchaus verfehlter bezeichnet werden und es läßt sich derselbe nur aus dem Bestreben erklären, auch die Erzeugnisse des heutigen Verkehrslebens um jeden Preis unter die römischen Rechtsbegriffe zu subsumiren, als ob das Recht seit der Zeit der römischen Juristen stille gestanden wäre und neue Rechtsbildungen

einen römischen Paß nöthig hätten, um Einlaß in das Rechtsgebiet und die Erlaubniß zur freien Bewegung in demselben zu erlangen. Das Bedürfniß des heutigen Verkehres ist es, welches den Rechtssatz der Solidarhaft der Handelsgesellschafter zur Geltung im Rechtsleben gebracht hat, es bildet die Solidarhaft die wesentliche Basis für den nothwendigen Kredit der Handelsgesellschaft im Verkehrsleben, lediglich auf dieser inneren Nothwendigkeit und auf nichts Anderem beruht der neue Rechtssatz und es ist mehr als wunderlich, wenn man behufs einer sogenannten theoretischen oder juristischen Konstruktion nach veralteten römischen Sätzen greift und sie zu Hilfe nimmt, um einen modernen Rechtssatz zu konstruiren, der in den Bedürfnissen des heutigen Verkehres wurzelt und unter dem Einfluße freierer Rechtsanschauungen, als die römischen Juristen sie kannten, sich entwickelt und unbekümmert um scholastische Weisheit im Leben und durch das Leben zur Herrschaft gelangt ist.

Auf demselben rechtlichen Standpunkte, wie das deutsche Handelsgesetzbuch, steht das Gesetz des norddeutschen Bundes, betr. die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften vom 4. Juli 1868, Art. 12, nur daß die prinzipiell anerkannte Solidarhaft der Genossenschafter hier enger begrenzt ist. Das Gleiche gilt ferner von dem Art. 810 des Dresdener Entwurfes, in welchem nach der oben angeführten Meinung der Grundsatz des römischen Rechtes als Norm für offene Erwerbsgesellschaften, welche nicht Handelsgesellschaften seien, in Vorschlag gebracht worden sein soll. Zu berichtigen ist hiebei vorerst die irrige Unterstellung, als ob der Art. 810 von allen offenen Erwerbsgesellschaften außer den Handelsgesellschaften handeln würde. Derselbe normirt vielmehr nur die Verhältnisse der sog. Kollektiv-Erwerbs-Gesellschaften, welche unter einem gemeinschaftlichen Namen auftreten und welche sonst, wie z. B. in dem eben ange-

führten norddeutschen (jetzt deutschen) Gesetze vom 4. Juli 1868, auch Erwerbsgenossenschaften genannt werden. Für diese Erwerbsgenossenschaften hat der Dresdener Entwurf die Anwendung der betreffenden Vorschriften des Handelsgesetzbuches, also insbesondere auch der Vorschriften in Betreff der solidarischen Haftung der Gesellschafter oder Genossenschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegen Dritte vorgeschlagen, und damit für die Kollektiv-Erwerbsgesellschaften prinzipiell dasselbe ausgesprochen, was auch in dem deutschen Genossenschaftsgesetze vom 4. Juli 1868 nunmehr zur gesetzlichen Geltung gekommen ist. Wo aber die Solidarhaft der Gesellschafter allgemein gilt, kann die römische Ausnahmebestimmung gar nicht mehr in Frage kommen. Dieß gilt von dem preußischen und dem Züricherischen Rechte, sowie von dem Standpunkte des bayerischen Entwurfes eines bürgerl. Gesetzbuches allgemein auch für den Nichthandelsverkehr. Denn das preußische Landrecht bestimmt in Thl. I, Tit. 5, §. 424, daß, wenn mehrere Personen zugleich sich einem Dritten in einem und ebendemselben Vertrage verpflichtet haben, dieselben dem Berechtigten im Zweifel solidarisch haften, und enthält in Tit. 17, §. 239 die weitere Bestimmung, daß, wenn Gesellschafter einem Dritten aus einem von ihnen gemeinschaftlich oder von einem Dritten geschlossenen Vertrage sich verpflichtet haben, die Vorschrift des Art. 424 des Tit. 5 auf sie Anwendung finde, wonach also im Zweifel Solidarhaft bezüglich ihrer Verbindlichkeiten gegen Dritte allgemein eintritt, ob sie nun Alle gemeinsam, oder nur einer der Gesellschafter, oder ein bevollmächtigter Dritter im Namen der Gesellschaft gehandelt haben mögen. Auf demselben Boden steht das Züricher privatrechtliche Gesetzbuch im §. 1250 und ebenso bestimmt der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern, Thl. II, Buch 2, Art. 568, daß für die Verpflichtungen der Gesellschaft gegen Dritte die Gesellschafter im

Zweifel sammtverbindlich mit ihrem ganzen Vermögen haften. [3]

In Frage konnte die mehrgedachte römische Ausnahmebestimmung nur auf dem Boden derjenigen Gesetzgebungen und Gesetzgebungsarbeiten kommen, welche, wie der Code civil, Art. 1862, das österreichische bürgerl. Gesetzbuch, §. 1203, der großh. hessische Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches, Abth. IV, Buch 2, Art. 390, das sächsische bürgerl. Gesetzbuch, §. 1378 und der Dresdener Entwurf eines gemeinsamen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse, Art. 795, im Einklang mit dem römischen Rechte davon ausgehen, daß bei der gemeinen offenen Gesellschaft im Zweifel die Theilschuld als Meinung der Kontrahenten zu vermuthen sei. Keine dieser Gesetzgebungen und Gesetzgebungsarbeiten hat aber den Satz des römischen Rechtes adoptirt, daß, wenn die Gesellschafter durch einen gemeinsamen Bevollmächtigten mit Dritten handeln, sie diesem solidarisch verhaftet werden, während, wenn sie Alle gemeinschaftlich mit dem Dritten handeln, nur eine antheilsweise Haftpflicht begründet wird. Das französische und das österreichische Gesetzbuch enthalten dießfalls keine besondere Bestimmung, womit von selbst ausgesprochen ist, daß der allgemeine Satz der Theilhaftung der Gesellschafter ausnahmslos, also auch für den Fall gelte, wenn die Gesellschafter durch einen gemeinschaftlichen Bevollmächtigten handeln. Ausdrücklich wird dieß ausgesprochen in dem hessischen Entwurfe, Abth. IV, Buch 2, Art. 390, 391, indem hier bestimmt ist, daß die Gesellschafter in gleicher Weise nur nach Kopftheilen haften, ob sie insgesammt ein Rechtsgeschäft mit einem Dritten geschlossen haben, oder ob das Rechtsgeschäft nur von einem oder von einigen Gesellschaftern im Namen und Auftrag der Gesellschaft mit dem

[3] Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches für das Königreich Bayern (1861) Motive, S. 179, 180.

Dritten geschlossen worden. In derselben Weise bestimmt das sächsische bürgerliche Gesetzbuch, §. 1378, daß aus Geschäften, welche eine Gesellschaft mit Dritten schließe, die Gesellschafter, gleich viel, ob sie sämmtlich in Person, oder durch Stellvertreter, oder ob einzelne Gesellschafter für die übrigen handeln, nach Verhältniß ihrer Gewinnantheile berechtigt und nach Verhältniß ihrer Verlustantheile verpflichtet werden. Die gleiche Bestimmung enthält der Art. 795 des Dresdener Entwurfes, indem auch hienach Gesellschafter, ob sie gemeinschaftlich in Person oder durch einen gemeinschaftlichen Stellvertreter Geschäfte mit Dritten geschlossen haben, diesen gegenüber in Zweifel nach gleichen Antheilen berechtigt und verpflichtet werden. Alle diese Gesetzgebungen und Gesetzgebungsarbeiten stehen somit, indem sie die beiden Fälle, wenn Mehrere in eigener Person gemeinschaftlich mit einem Dritten handeln, und, wenn ein gemeinschaftlicher Bevollmächtigter für sie handelt, einander gleichstellen, in direktem und, wie früher dargelegt worden,[4] absichtlichem Gegensatz gegen das römische Recht. Haben aber die neueren Gesetzgebungen und Gesetzgebungsarbeiten den römischen Satz aufgegeben, so wird man denn doch bezweifeln dürfen, daß ein anerkanntes Verkehrsbedürfniß dessen Festhaltung fordere, da man doch wohl wird unterstellen müssen, daß das Aufgeben eines lange festgehaltenen Satzes wohl erwogen worden und die Männer, in deren Hände jene Gesetzgebungsarbeiten gelegt waren, auch in der Lage gewesen sein dürften, die Verkehrsbedürfnisse zu kennen und zu berücksichtigen. Hiezu kommt, daß auch in der deutschen Gerichtspraxis die Ansicht von der Antiquirung der römischen Ausnahmebestimmung und ihrer Unverträglichkeit mit dem in dem heutigen gemeinen Rechte zur Geltung gelangten Prinzip der unmittelbaren Stellvertretung bereits Eingang gefunden hat, wie aus veröffentlichten Ent-

[4] Dieses Archiv, Bd. XI, S. 9, 10.

ſcheidungen des Oberappellationsgerichtes zu Dresden vom 29. Auguſt 1861 und des Appellationsgerichtes zu Flensburg vom 15. Febr. 1867 erhellt,[5] was zum mindeſten dafür ſpricht, daß auch dieſe Gerichte kein zur Feſthaltung des römiſch-rechtlichen Satzes nöthigendes Verkehrsbedürfniß anerkannt haben. Dem wird freilich entgegengehalten, daß in der Theorie und Praxis von der großen Mehrheit noch immer an dem Satze des römiſchen Rechtes feſtgehalten werde, und daß der Grund hievon wohl vorzugsweiſe in der Rückſicht auf den Verkehr und deſſen Bedürfniſſe zu ſuchen ſein möge. Offenbar ſucht man in dieſer Rückſicht den Grund, weil man ſich der Erkenntniß des in der Feſthaltung des Satzes liegenden Verſtoßes gegen die juriſtiſche Logik Angeſichts des im heutigen Rechte anerkannten Prinzipes der unmittelbaren Stellvertretung nicht verſchließen kann. Allein der wahre Grund des Feſthaltens ſo vieler Theoretiker und Praktiker an dem römiſchen Satze dürfte ein anderer und weſentlich in der übergroßen Abhängigkeit von dem römiſchen Rechte und in der unbewußten Befangenheit zu ſuchen ſein, in der wir uns noch immer dem corpus juris gegenüber befinden. Der Satz, daß, wenn Mehrere einen gemeinſchaftlichen Geſchäftsführer beſtellt haben, Jeder von ihnen durch Dieſen ſolidariſch verpflichtet werde, ſteht einmal im corpus juris und iſt inzwiſchen als beſtehendes Recht gelehrt worden. So kann man ſich in Theorie und Praxis nicht ſo leicht entſchließen, denſelben fallen zu laſſen und ſucht ihn am Ende noch mit Scheingründen zu halten, wenn die juriſtiſche Logik auch ſeine Beſeitigung noch ſo unerbittlich fordert. Und daß letzteres der Fall iſt, haben ebenſowohl die Mitglieder mehrerer Geſetzgebungskommiſſionen, als gewichtige Stimmen in der Theorie und Praxis, anerkannt, und hat im Anſchluß hieran auch der Eingangs erwähnte Aufſatz zu zeigen geſucht.

---

[5] Seuffert, Archiv, Bd. XV, Nro. 111; Bd. XX, Nro. 127.

Das Obertribunal hat jedoch in seiner Mehrheit auch bei einer erneuerten Berathung der Frage in voller Versammlung der Civilkammer am 23. Juni 1870 mit 9 gegen 6 Stimmen an der römisch-rechtlichen Bestimmung festgehalten, daß, wenn Mehrere, insbesondere Gesellschafter, einen gemeinschaftlichen Bevollmächtigten bestellt haben, Jene durch Diesen Dritten gegenüber solidarisch verpflichtet werden. Es dürfte von Interesse sein, wenn in Folgendem der Vortrag mitgetheilt wird, auf dessen Grund die Mehrheit der Civilkammer auf der Festhaltung an der römisch-rechtlichen Bestimmung in Frage beharrt hat. Es wurde ausgeführt:

Nach römischem Rechte haften Diejenigen, welche gemeinschaftlich mit einem Dritten einen Vertrag abschließen, namentlich mehrere socii, im Zweifel nur pro rata, während Mehrere, die einen gemeinschaftlichen Bevollmächtigten oder Geschäftsführer bestellt haben, aus den von Diesem geführten Geschäften, also auch den für sie abgeschlossenen Verträgen solidarisch haften. Diese, auch schon vom Standpunkte des römischen Rechtes aus auffallende und inkonsequente Bestimmung verdanke ihre Entstehung offenbar einer Rücksichtnahme auf die Bedürfnisse des Verkehres, wie es sich schon aus der augenscheinlich gesuchten Art und Weise, wie die römischen Juristen dieselbe zu rechtfertigen suchen, ergebe.

Nach römischem Rechte sei der Stellvertreter der eigentliche Kontrahent gewesen, und es habe der Vertretene nur mit der gegen Jenen begründeten Klage als actio institoria oder quasi institoria in Anspruch genommen werden können. Daß aber mehrere Vertretene, mehrere Auftraggeber mit jener Klage in solidum sollen in Anspruch genommen werden können, sei keineswegs ein Gebot juristischer Konsequenz. Zwar suche dieß Windscheid[6] so darzustellen, indem er sage, daß mehrere Erklärende

[6] Pandekten, Bd. II, §. 482, Note 16 und 16 a.

(Auftraggeber) jeder auf das Ganze haften und dieſelben, wie mit dem Abſchließenden, ſo auch unter ſich Korrealſchuldner ſeien, weil ſie aus derſelben Obligation haften. Allein in den Rechtsquellen werde die ſolidariſche Haftung in anderer Weiſe motivirt. Zunächſt komme hier die l. 4, §. 1 und 2 D. de exercitor. act. (14, 1) aus Ulpians lib. 29 ad Edictum in Betracht, in welcher Stelle Buchka,[7] offenbar im Anſchluß an Thöl,[8] als Grund der ſolidariſchen Haftung mehrerer Exerzitoren ausgeſprochen finde, daß der gemeinſchaftlich bevollmächtigte magister navis mit dem ganzen Willen jedes einzelnen Prinzipals handle. Man werde bezweifeln können, ob dieſe nicht ſehr befriedigende Begründung in der Stelle gefunden werden könne. Möchte dem übrigens ſein, wie ihm wollte, ſo werden in den anderen Stellen des corpus juris, die überhaupt eine Begründung verſuchen, lediglich Utilitätsrückſichten geltend gemacht. Die l. 2 D. de exercitor. act. (14, 1) gebe als Grund an: ne in plures adversarios distringatur, qui cum uno contraxerit; die l. 27, §. 8 D. de peculio (15, 1) ſage: est enim iniquum, in plures adversarios distringi eum, qui cum uno contraxerit, wie denn in l. 3 D. fam. erc. (10, 2) ganz allgemein geſagt ſei: saepe exactio partium non minima incommoda habet. Mit dieſen Ausſprüchen werde deutlich gezeigt, daß die Beſtimmung gegen die ſtrenge Konſequenz des Rechtes im Intereſſe des Gläubigers gegeben ſei. Dieß erkenne auch Glück[9] an, indem er die fragliche Beſtimmung auf Gründe des gemeinen Nutzens zurückführe.[10] Hienach erſcheine der betreffende Rechtsſatz ſchon nach römiſchem Rechte als ein anomaler, als eine Singularität.

---

[7] Lehre von der Stellvertretung, S. 244.

[8] Handelsrecht, 4. Aufl., Bd. I, §. 37, Note 8.

[9] Kommentar, Bd. XIV, S. 190.

[10] Vergl. auch Auerbach, das Geſellſchaftsweſen, S. 435.

Bekanntlich sei im Laufe der Zeit mit den Grundsätzen des römischen Rechtes über die Stellvertretung eine gänzliche Umwandlung eingetreten, eine Umwandlung, welche Savigny[11] im Gegensatz gegen die herrschende Lehre als schon im justinianischen Rechte vollzogen behaupte. Die herrschende, von nahezu allen Schriftstellern seit dem 17. Jahrhundert getheilte Lehre gehe dahin, daß auf Grund eines deutschen Gewohnheitsrechtes die freie Stellvertretung mit vollständiger und ausschließender Einwirkung auf den Vertretenen unbedingt zulässig sei, daß dieser daher aus den durch den Stellvertreter geschlossenen Verträgen unmittelbar klagen und verklagt werden könne.[12] Wenn hienach nach heutigem Rechte der Vertretene, für welchen ein Anderer einen Vertrag abschließe, als der wahre Kontrahent und der durch den Vertrag unmittelbar verpflichtete Schuldner erscheine und die Sache so anzusehen sei, als ob er selbst gehandelt hätte, so müsse man zugeben, daß der Satz über die solidarische Haftung mehrerer Vertretenen im Falle des Vertragsschlusses durch einen Vertreter keinen Boden mehr habe. Trotzdem sei derselbe von sämmtlichen juristischen Schriftstellern bis zum Jahre 1852, in welchem Buchka's Schrift über die Stellvertretung erschienen, als noch bestehendes Recht gelehrt und in Uebereinstimmung hiemit von den Gerichten zur Anwendung gebracht und namentlich auch dazu benützt worden, um aus ihm die Solidarhaft der Theilhaber einer offenen Handelsgesellschaft

---

[11] Obligationenrecht, Bd. II, §. 56.

[12] Für den Satz im Texte wurde sich berufen auf Savigny, Obligationenrecht, Bd. II, §. 58, S. 68; Sintenis, Civilrecht, Bd. II, S. 350, Note 15; Wächter, württ. Privatrecht, Bd. II, S. 679 ff.; Sintenis dürfte hier übrigens mit Unrecht mit Savigny und Wächter zusammengestellt sein, da Sintenis noch immer den Bevollmächtigten, der im Namen des Vollmachtgebers einen Vertrag schließt, als den wahren Paziszenten betrachtet und den Vollmachtgeber nur in die von dem Bevollmächtigten übernommene Verpflichtung eintreten läßt. (Vergl. zu Note 24).

abzuleiten.[13] Um speziell noch eine württembergische Autorität zu erwähnen, so sage Weishaar in einem veröffentlichten Gutachten:[14] Was das Verhältniß der Gesellschafter gegen Dritte betreffe, so sei nach gemeinem Rechte kein Zweifel, daß, wenn die Gesellschafter selbst zusammen mit einem Dritten kontrahirt haben, jeder derselben nur pro rata belangt werden könne; habe dagegen ein Anderer für sie mit dem Dritten kontrahirt, so können sie in solidum belangt werden, d. h. der Dritte könne einen der Gesellschafter auf das Ganze belangen, ohne Unterschied, ob die übrigen solvent seien oder nicht; hingegen nach den Gebräuchen und Grundsätzen des Handelsrechtes hafte auch im ersten Falle jeder Gesellschafter dem Dritten für das Ganze.

Wie schon erwähnt, habe Buchka erstmals die herrschende Lehre angegriffen und gezeigt, daß die solidarische Haftung in dem vorausgesetzten Falle mit der juristischen Konsequenz unvereinbar sei. Dabei gebe er aber zu, daß die herrschende Ansicht von jeher an den Aussprüchen der römischen Juristen festgehalten und insbesondere für den Fall der Sozietät die Sätze aufgestellt habe, daß sämmtliche Gesellschafter durch die Verträge ihres institor in solidum verpflichtet werden, der von allen Gesellschaftern zusammen abgeschlossene Vertrag dagegen nur eine Ver-

---

[13] Hofacker, Principia Tom. III, §. 1804, 2008; Malblanc, Principia Tom. II, §. 504, Tom. I. §. 200; Höpfner, Kommentar, S. 899; Glück, Kommentar, Bd. XV, S. 465, Bd. XIV, S. 290, 255; Thibaut, Pandekten, §. 524, 544; Gmelin, über Verträge, S. 228; Unterholzner, Schuldverhältnisse, Bd. I, S. 420; Mühlenbruch, Pandekten, Bd. II, §. 491; Holzschuher, Theorie und Kasuistik, Bd. II, Abth. 2, S. 888, 889; Vangerow, Pand., Bd. III, S. 74, 75; Thöl, Handelsrecht, §. 37, 38; Seuffert, Pand., Bd. II, §. 338, 349, 351, Ziff. 2; Windscheid, Pand., §. 407, Note 7, §. 482, Note 16 a; Mittermaier, deutsches Privatrecht, Thl. II, §. 558, S. 340, 336; Gerber, deutsches Privatrecht, §. 196.

[14] Sarwey, Monatschrift, Bd. VI, S. 381.

bindlichkeit pro parte hervorrufe.[15] Die Buchka'sche Ansicht habe aber bis jetzt trotz ihrer unbestreitbaren Folgerichtigkeit sowohl bei den Rechtslehrern als bei den Gerichten nur wenig Anklang gefunden. Wie schon erwähnt, lehre Windscheid, der im Uebrigen das Buchka'sche Werk bei der Lehre von der Stellvertretung eingehend berücksichtige, noch römisch-rechtliche Grundsätze, in gleicher Weise Vangerow. Nur Savigny sage, nachdem er im Texte die römischen Sätze über die actio institoria als jetzt noch verwerthbar dargestellt habe, in einer Note[16] unter Beziehung auf das Werk von Buchka, S. 227, 244, 247 f., daß es allerdings zweifelhaft sei, in welcher Ausdehnung die römischen Grundsätze im heutigen Rechte gelten, insbesondere, was die solidarische Verpflichtung mehrerer Eigenthümer einer Handlung, und was die persönliche Verpflichtung des institor betreffe. Samhaber[17] äußere sich: „Auch die korreale, überhaupt die solidarische Haftung der mehreren Prinzipale eines Bevollmächtigten hat für das heutige Recht Beanstandung gefunden; nicht ohne Schein behauptet Buchka auf dem Standpunkte der direkten Stellvertretung, daß die mehreren Vollmachtgeber nur pro rata haften. Aber für den wichtigsten Fall in der offenen Handelsgesellschaft steht doch die solidarische Verpflichtung der Gesellschafter aus den Verträgen des institor ohne Widerrede fest." Aus Anlaß der weiter folgenden Ausführung, daß in der offenen Handelsgesellschaft jeder einzelne Gesellschafter solidarisch hafte, halte dann aber Samhaber, um diese Solidarhaft theoretisch zu begründen, doch wieder die Annahme einer gegenseitigen praepositio institoria für nothwendig.[18]

---

[15] Buchka, Stellvertretung, S. 246.

[16] Obligationenrecht, Bd. II, §. 56, S. 52, Note 9.

[17] Korrealobligationen, S. 177.

[18] Daß Samhaber zur theoretischen Konstruktion der Solidarhaft der Handelsgesellschafter die Annahme einer gegenseitigen praepositio institoria für nothwendig halte, ist unrichtig. Im Gegen-

Sintenis,[19] nachdem er angeführt, daß Buchka aus der Aenderung des römischen Grundsatzes von der Stellvertretung in Verträgen — wonach die Mandanten so betrachtet werden, als hätten sie selbst paziszirt — schließe, daß diese nun auch nur pro rata haften müßten, sage zur Widerlegung dieser Ansicht: „Mag die Konsequenz auch richtig sein, so vermag ich ihr doch der gemeinen Meinung gegenüber für jetzt kein überwiegendes Gewicht einzuräumen. Fußt nämlich der Hauptsatz (daß die Mandanten so zu betrachten seien, als hätten sie selbst kontrahirt) auf Gewohnheitsrecht im bewußten Abgehen vom römischen Rechte, während man bei der im letzteren ausdrücklich ausgesprochenen Solidarverbindlichkeit beharrte, so ist jene Konsequenz eben damit gleichzeitig von vorneherein konstant und ausdrücklich verneint; ihre Richtigkeit an sich muß daher unwirksam bleiben. Ich glaube aber auch, daß der Grund des Gajus: „ne in plures adversarios distringatur, qui cum uno contraxerit" immer noch passend genannt werden darf, wenn wir auch jetzt die Anschauung

---

theil sagt Samhaber, es sei nicht durchweg befriedigend, die theoretische Konstruktion lediglich nach den Grundsätzen der actio institoria mittelst Unterstellung einer gegenseitigen praepositio zu vollziehen. Ebenso dürfte die angebliche „genossenschaftliche" Natur der Handelsgesellschaft hier nicht zu verwerthen sein. Gewiß sei, daß gebieterische Rücksichten des Kredits die solidarische Verpflichtung der Gesellschafter erheischen; eben so gewiß, daß Gewohnheitsrecht und Gesetze diese Solidarität bereits geheiligt haben, und dieß dürfe uns vielleicht genügen. Wollte die Jurisprudenz den Rechtssatz in Frage erst zu Ehren bringen, so möchte etwa der Gedanke gegenseitiger praepositio institoria benützt werden. Die zu zweifelloser Geltung schon durchgedrungene Rechtsregel dagegen bedürfe nicht solcher Kolorirung, die denn doch nicht ausreiche. — Samhaber verwirft somit geradezu die Vollziehung einer Konstruktion des Rechtssatzes der Solidarhaft der Handelsgesellschafter mittelst Unterstellung einer wechselseitigen praepositio institoria, und gewiß mit vollem Rechte. Vergl. auch Bluntschli, deutsches Privatrecht, 3. Aufl., §. 139, Ziff. 9.

[19] Civilrecht, 2. Aufl., Bd. II, §. 102, Note 70, S. 373.

haben, daß mit den pluribus selbst, soviel den Erwerb des Rechtes gegen sie anlangt, kontrahirt werde, indem die Aufstellung Einer Mittelsperson für Mehrere die Vermuthung, daß deren Verpflichtung als eine untheilbare beabsichtigt sei, füglich zu rechtfertigen vermag, wenn nichts Anderes ausgemacht wird." Im Anschluß an den ersten Grund von Sintenis werde die Ansicht sich rechtfertigen lassen, daß, wie einerseits durch Gewohnheitsrecht der Satz sich gebildet habe, daß die mehreren Mandanten so betrachtet werden, als hätten sie selbst kontrahirt, so andererseits durch Gewohnheitsrecht der schon im römischen Rechte anomale Satz des letzteren, daß die mehreren Mandanten im Falle des Kontrahirens durch eine Mittelsperson solidarisch verpflichtet werden, beibehalten worden sei. Man werde nicht zu weit gehen, wenn man behaupte, daß der so von der übereinstimmenden Meinung der Rechtsgelehrten festgehaltene und im Anschluß hieran von den Gerichten seit einer langen Reihe von Jahren in ihren Entscheidungen zur Anwendung gebrachte Rechtssatz trotz seiner Inkonsequenz zur herrschenden Volksansicht habe werden müssen und geworden sei, und zwar deßhalb, weil er einem praktischen Bedürfnisse entspreche. Kontrahire der Dritte mit den einzelnen Kontrahenten, so wisse er, wer ihm gegenüberstehe und wer ihm nur pro rata hafte; kontrahire er aber mit einer Mittelsperson, was weitaus die Regel bilde, so würde es den Verkehr in hohem Grade beschweren, wenn sich der dritte Kontrahent sichere Auskunft über die einzelnen Auftraggeber verschaffen müßte. Diesem werde er durch die gesetzlich ausgesprochene Solidarhaft derselben enthoben. Es würde daher die Rechtssicherheit in hohem Grade gefährden, wenn man die Buchka'sche Ansicht adoptiren würde, deren praktische Anwendung gar nie hätte in Frage kommen können, wenn nicht für die Handelsgesellschaften der Grundsatz der solidarischen Haftung auch im Falle des gemeinschaftlichen Handelns ohne Stellvertreter zur Geltung gekommen wäre.

Auf Grund dieser Ausführung hat, wie schon bemerkt, die Majorität der Civilkammer des Obertribunals an der mehrgedachten Bestimmung des römischen Rechtes festzuhalten beschlossen. Es wird dieß jedoch nicht ausschließen, den Bedenken hier Worte zu geben, welche sich gegen den Beschluß und seine Begründung erheben lassen dürften.

Es wird davon ausgegangen, der in Frage stehende römische Rechtssatz sei schon vom Standpunkte des römischen Rechtes auffallend und inkonsequent, eine nur aus Nützlichkeitsrücksichten erklärbare Singularität. Dieß wird man aber denn doch entschieden bestreiten müssen. Nach römischem Rechte ist, wenn ein Mandatar mit Dritten kontrahirt, nur Jener der Kontrahent und nur zwischen ihm und dem Dritten wird ebendaher eine obligatio begründet. Lediglich aus dieser zwischen dem Mandatar und dem Dritten begründeten Obligation läßt das Gesetz neben dem Mandatar, als dem eigentlichen Schuldner, auch den Mandanten haften, und es ist daher eine und dieselbe Obligation, welche der Verpflichtung des Mandanten wie des Mandatars zu Grunde liegt. Als eine nothwendige Folge dieser Identität der Obligation ergibt sich die Auffassung des Schuldverhältnisses des Mandanten und des Mandatars als eines Korrealschuldverhältnisses; Beide haften nach römischem Rechte dem Dritten als Korrealschuldner. Ist es aber lediglich die zwischen dem Mandatar und dem Dritten begründete Obligation, welche gegen den Mandanten geltend gemacht wird, so muß in nothwendiger Konsequenz dasselbe auch im Verhältniß zu mehreren Mandanten gelten. Denn gegen jeden derselben kann nur eine und dieselbe Obligation des Mandatars geltend gemacht werden, die Obligation eines jeden Mandanten ist somit identisch, wie mit der Obligation des Mandatars, so mit der Obligation der anderen Mandanten, und es stehen dieselben ebendaher sämmtlich im Verhältniß von

Korrealschuldnern.[20] Hienach stellt sich der Satz des römischen Rechtes, daß mehrere Auftraggeber durch die Handlungen ihres gemeinschaftlichen Beauftragten solidarisch verpflichtet werden, als eine nothwendige Folge der römischen Anschauung von der rechtlichen Unmöglichkeit einer unmittelbaren Stellvertretung und somit als eine Konsequenz der juristischen Logik dar. Hiemit steht es nicht im Widerspruch, wenn Gajus als Grund der Solidarhaft der mehreren Vollmachtgeber bezeichnet, daß Derjenige, welcher mit Einem kontrahirt habe, nicht an mehrere Gegner antheilsweise gewiesen werden dürfe.[21] Denn damit ist überall nicht ausgesprochen, daß die logische Konsequenz etwas Anderes, also eine bloße Theilhaft fordern würde, vielmehr liegt darin eben der Ausspruch, daß die Billigkeit hier mit den Anforderungen der juristischen Logik im Einklange stehe. Zudem hat auch der Billigkeitsgrund des Gajus, wie schon früher hervorgehoben worden,[22] zu seiner wesentlichen Voraussetzung die Betrachtung des Bevollmächtigten als wirklichen Kontrahenten und eigentlichen Schuldner, denn nur in diesem Falle kann gesagt werden, es habe der Dritte mit Einem kontrahirt. Nachdem aber im heutigen Rechte das Prinzip der unmittelbaren Stellvertretung, wenn auch noch immer nicht unbestritten, zur Geltung gelangt ist und hienach nicht mehr der Bevollmächtigte, sondern der oder die Vollmachtgeber selbst als die eigentlichen und unmittelbaren Kontrahenten

[20] Vergl. Vangerow, Pand., 6. Aufl., Bd. III, §. 573, Anm. 2, Ziff. 3, S. 74, 75 vergl. mit §. 608, Anm. I, lit. i, S. 314 bis 316; Windscheid, Pand., Bd. II, §. 482, Ziff. 2 und Note 16, 16a; vergl. auch Savigny, Obligationenrecht, Bd. I, S. 209 ff., der jedoch das fragliche Rechtsverhältniß unter die unächten Fälle des Korrealverhältnisses gerechnet wissen will, dabei aber zugeben muß, daß das Rechtsverhältniß im praktischen Erfolge von dem eigentlichen Korrealverhältniß sich nicht unterscheide.

[21] l. 2 D. de exerc. act. (14, 1); l. 27, §. 8 D. de peculio (15, 1).

[22] Dieses Archiv, Bd. XI, S. 7.

erſcheinen,[23] ſo kann man nicht mehr ſagen, daß der Dritte, indem er mit dem gemeinſchaftlichen Vertreter Mehrerer einen Vertrag ſchloß, mit Einem kontrahirt habe. Denn da der Bevollmächtigte nicht mehr als Kontrahent erſcheint, derſelbe vielmehr lediglich in Vertretung der mehreren Vollmachtgeber bei dem Vertragsſchluſſe gehandelt hat, und dieſe eben damit beim Vertragsſchluſſe als die Kontrahenten dem Dritten ſich dargeſtellt haben, ſo kann man nicht mehr ſagen, es habe der Dritte mit Einem kontrahirt, vielmehr hat derſelbe in gleicher Weiſe, wie wenn ſämmtliche Vollmachtgeber gemeinſam ſelbſt gehandelt hätten, mit dieſen Allen kontrahirt und kann von einem distringi ejus, qui cum uno contraxerit, in plures adversarios nicht mehr die Rede ſein. Sintenis meint freilich, daß der Grund des Gajus noch immer paſſe, da die Aufſtellung Einer Mittelsperſon für Mehrere die Vermuthung, daß deren Verpflichtung als eine untheilbare beabſichtigt ſei, füglich zu rechtfertigen vermöge, wenn nichts Anderes ausgemacht ſei. Allein einmal wäre dieß nicht mehr der Grund des Gajus, ſondern ein anderer, und dann iſt in der That nicht abzuſehen, worin eine derartige Vermuthung, wie ſie hier aufgeſtellt werden will, eine Begründung finden ſollte. Nach dem im heutigen Rechte geltenden Grundſatze der direkten Stellvertretung wird die durch den Stellvertreter für den Vertretenen übernommene Verbindlichkeit von Anfang an in der Perſon des Letzteren begründet, und zwar in derſelben Weiſe, wie wenn der Vertretene in Perſon kontrahirt hätte. Hievon ausgegangen kann in der Aufſtellung eines gemeinſchaftlichen Bevollmächtigten im Zweifel nur deſſen Ermächtigung gefunden werden, durch ſeine Handlungen die mehreren Vollmachtgeber in derſelben Weiſe zu verpflichten, wie wenn dieſe ſämmtlich in Perſon handeln würden, und es kann auf

[23] Dieſes Archiv, Bd. XI, S. 1 ff. in die daſelbſt in der Note 2 Genannten.

dem Boden des heutigen Rechtes aus der bloßen Thatsache der Aufstellung eines gemeinschaftlichen Bevollmächtigten für die Absicht der Uebernahme einer ausnahmsweisen solidarischen Verpflichtung der Vollmachtgeber aus den Handlungen des Bevollmächtigten absolut Nichts gefolgert werden. Es scheint vielmehr geradezu der Natur der Sache zuwider zu sein, anzunehmen, es wollen z. B. zwei Gesellschafter, wenn sie durch einen gemeinschaftlichen Bevollmächtigten mit einem Dritten handeln, sich für diesen Fall strenger verpflichten, als wenn sie Beide gemeinsam unmittelbar mit dem Dritten kontrahiren. Schwerlich würde jemals ein Nichtjurist, welchem der ohne Kenntniß der Rechtsgeschichte unerklärbare Satz des römischen Rechtes fremd ist, auf diese Idee verfallen. Dieß scheint nun auch in der dem Obertribunalsbeschlusse zu Grunde liegenden Ausführung nicht verkannt werden zu wollen; wenigstens wird zugegeben, daß dem Satze des römischen Rechtes, wonach mehrere Vollmachtgeber durch ihren gemeinschaftlichen Bevollmächtigten solidarisch verpflichtet werden, durch die Annahme des Prinzips der direkten Stellvertretung der Boden entzogen worden sei. Allein es wird geltend gemacht, daß man Angesichts des dem ungeachtet zu konstatirenden Festhaltens von Theorie und Praxis an dem römischen Rechtssatze zu der Annahme berechtigt sei, es sei dieser Satz durch Gewohnheitsrecht beibehalten worden. Hiegegen wird man aber denn doch verschiedene Bedenken erheben können.

Vorerst ist zu bemerken, daß es, wie schon bemerkt, in der Theorie keineswegs allgemein anerkannt ist, daß bei einem durch einen Stellvertreter geschlossenen Vertrage der Vertretene als der wahre Kontrahent zu betrachten sei, vielmehr halten eine Reihe namhafter juristischer Schriftsteller eine solche prinzipielle Abweichung vom römischen Rechte nicht blos für ungerechtfertigt, sondern sogar für unmöglich, weil die direkte Stellvertretung mit dem Wesen der obligatio in unauflöslichem Widerspruch stehe. Auch

nach heutigem Rechte, behaupten diese Schriftsteller, könne der Vollmachtgeber durch einen in seinem Namen von dem Bevollmächtigten geschlossenen Vertrag nicht unmittelbar Gläubiger werden, vielmehr erscheine auch nach heutigem Rechte der Bevollmächtigte als der eigentliche Kontrahent und als das ursprüngliche Subjekt der durch den Vertrag begründeten obligatio und der Vollmachtgeber könne nur auf Grund ausdrücklicher oder stillschweigender Cession Rechte aus dem Vertrage erwerben. Die Verschiedenheit zwischen dem römischen und dem heutigen Rechte bestehe daher nur darin, daß nach römischem Rechte der Bevollmächtigte den Vertrag für sich selbst schließen müsse und auf den Namen des Vollmachtgebers rechtsgiltig nicht schließen könne, während nach modernem Rechte auch letzteres zugelassen werde, ohne daß damit jedoch das römische Prinzip aufgegeben sei. Die Anwendung der letztgedachten Vertragsform habe nur die Folge, daß dadurch der dritte Kontrahent sofort von der stillschweigenden Cession der kontraktlichen Forderung an den Vollmachtgeber in Kenntniß gesetzt werde und demgemäß auch sofort in Betreff der Zahlung u. s. w. an den Vollmachtgeber gewiesen sei. [24] Es leuchtet ein, daß die Anhänger dieser Meinung, da sie selbst die Möglichkeit einer unmittelbaren Stellvertretung verneinen und eine prinzipielle Abweichung des heutigen Rechtes von dem römischen Rechte in Abrede ziehen, durch diese ihre Ansicht nicht gehindert sind, an der Solidarhaft der mehreren Vollmachtgeber festzuhalten. Von ihrem Standpunkte ist dieses Festhalten nur konsequent und es kann daher aus dem Festhalten dieser Schriftsteller an dem

[24] Mühlenbruch, Cession, §. 12, S. 111 ff., §. 14 a. E., S. 147; §. 45, Ziff. 1, S. 481; derselbe in Glück's Kommentar, Bd. XXXVIII, S. 69 ff.; Puchta, Pand., 9. Aufl., §. 275, 279; derselbe Vorlesungen, 5. Aufl., Bd. II, S. 116 ff., 128 f.; Arndts, Pand., §. 246; Sintenis, Civilrecht, Bd. II, S. 357 ff.; Vangerow, Pand., 6. Aufl., Bd. III, §. 608, S. 313—316; Thöl, Handelsrecht, 4. Aufl., Bd. I, §. 25.

römischen Satze schon darum für das Bestehen eines angeblichen Gewohnheitsrechtes, wodurch der römische Satz auch für das prinzipiell geänderte heutige Recht sanktionirt worden sein soll, Nichts gefolgert werden. Ergibt sich aber hienach, daß so viele namhafte Schriftsteller noch jetzt auch für das heutige römische Recht die Zulässigkeit einer unmittelbaren Stellvertretung läugnen, so kann auch nicht davon gesprochen werden, daß der römische Rechtssatz in Frage trotz seiner Inkonsequenz von der übereinstimmenden Meinung der Rechtsgelehrten festgehalten werde. Denn auf Seiten aller derjenigen Rechtslehrer, welche in der Lehre von der Stellvertretung prinzipiell an der Auffassung des römischen Rechtes festhalten, und nur in dem praktischen Ergebnisse mit den Vertheidigern der direkten Stellvertretung zusammentreffen, liegt jene Inkonsequenz gar nicht vor. Schon dieß muß erhebliche Bedenken gegen dieses angebliche Gewohnheitsrecht erwecken. Es fehlt aber zudem überhaupt an den Voraussetzungen eines solchen. Das Charakterische am Gewohnheitsrecht ist eine unmittelbar im Rechtsbewußtsein des Volkes wurzelnde, vom Gefühle innerer Nothwendigkeit getragene und in langer gleichförmiger Befolgung und Anwendung ausgesprochene gemeinsame Ueberzeugung von einem Rechtssatze. Zum Nachweise des angeblichen Gewohnheitsrechtes in Frage wird sich nun aber lediglich darauf bezogen, daß, nachdem die Rechtsgelehrten und die Gerichte inzwischen ungeachtet der aus der Umgestaltung der Lehre von der Stellvertretung im heutigen Rechte sich ergebenden Inkonsequenz an dem römischen Rechtssatze der solidarischen Verpflichtung mehrerer Vollmachtgeber durch die Handlungen ihres gemeinschaftlichen Stellvertreters festgehalten haben, dieser Rechtssatz zur herrschenden Volksansicht habe werden müssen. Dafür, daß der fragliche Satz wirklich zur Rechtsüberzeugung im Volke geworden, wird aber eben lediglich wieder auf die communis doctorum opinio und die Gerichtspraxis zurückgewiesen. Allein weder die juristischen

Schriftsteller noch die Gerichte wollten, indem sie den fraglichen Rechtssatz festhielten und zur Anwendung brachten, einem im Volke vorhandenen und erkannten Rechtsbedürfnisse genügen, oder einen im Volke lebenden Rechtsgedanken zum Ausdruck bringen. Nirgends findet sich hievon eine Spur, vielmehr haben die Rechtsgelehrten, welche an dem römischen Satze festhielten, damit lediglich an einer Bestimmung des geschriebenen Rechtes festhalten wollen, sie haben den Satz als bestehendes römisches Recht gelehrt und ebenso haben die Gerichte den Rechtssatz lediglich darum zur Anwendung gebracht, weil sie denselben als noch geltendes römisches Recht betrachtet, nicht aber, weil sie in dem Rechtssatze den Ausdruck einer im Volke lebenden Rechtsüberzeugung erkannt haben. Dieß gilt insbesondere auch von den früheren Entscheidungen des Obertribunals. Ansichten der Rechtslehrer über die fortdauernde Geltung geschriebener Rechtssätze und Rechtssprüche der Gerichte, welche bestehendes geschriebenes Recht zur Anwendung bringen wollen, können aber zum Beweise eines Gewohnheitsrechtes nicht dienen. Dazu kommt, daß sowohl in der Theorie als in der Praxis die fortdauernde Geltung des römischen Satzes, wie gezeigt, nicht unwidersprochen geblieben ist, was ein weiteres Argument gegen das angebliche Gewohnheitsrecht abgibt. Ueberdieß wäre es in der That schwer erklärlich, wie ein Rechtssatz, welcher einer natürlichen Rechtsanschauung und den heutigen Rechtsbegriffen so sehr widerstreitet, wie der in Frage stehende, zur allgemeinen Rechtsüberzeugung hätte werden sollen. Wenn aber endlich noch auf die Gefährdung der Rechtssicherheit hingewiesen wird, welche durch die Annahme der Buchka'schen Ansicht herbeigeführt würde, so steht der Behauptung einer solchen angeblichen Gefährdung die schlagende Thatsache entgegen, daß, wie gezeigt, im Gebiete des französischen Rechtes, in Oesterreich und in Sachsen die römische Bestimmung der ausnahmsweisen

Solidarhaft der durch einen gemeinsamen Bevollmächtigten vertretenen Vollmachtgeber keine Geltung hat, ohne daß die Rechtssicherheit irgend Noth gelitten hätte.

Mittheilungen aus der Rechtsprechung des Obertribunals in Civilsachen.

Mit Bemerkungen.

(Von Dr. Kübel.)

A. Civilrecht.

1) Statutenkollision; nach welchem Ortsrechte ist die Klagenverjährung zu beurtheilen?

Nach der richtigen und von dem Obertribunal angenommenen Ansicht ist für die Klagenverjährung nicht das Recht des Ortes der erhobenen Klage, sondern das Recht desjenigen Ortes, nach welchem das obligatorische Verhältniß selbst zu beurtheilen ist, maßgebend. [1]

Entscheidung des Obertribunals vom 3. Januar 1871 in der Berufungssache Mayer Dreyfuß Söhne c. Essinger.

2) Vertragsfähigkeit der Hauskinder.

Den volljährigen Hauskindern ist nach gemeinem Rechte die Fähigkeit, sich selbstständig durch Verträge zu verpflichten, im Allgemeinen, d. h. abgesehen von den Fällen des Senatus-Consultum Macedonianum, und von Verfügungen über dasjenige Vermögen, an welchem dem Vater das Nutzungsrecht zusteht, nicht entzogen.

---

[1]) Württ. Archiv. Bd. II, S. 507, Note 29; Bd. III, S. 177 ff.; Wächter, im Archiv für civ. Praxis Bd. XXV, S. 409 ff.; Seuffert, Archiv Bd. VIII, Nr. 7; Bd. XIII, Nr. 5; Bd. XIV, Nr. 108; Bd. XIX, Nr. 106; dagegen Bd. IX, Nr. 246; Bd. XII, Nr. 334; Bd. XVI, Nr. 90 u. 184; Bd. XXIII, Nr. 2.

Dieß gilt auch nach württ. Rechte. Die Bestimmung des Landrechtes Thl. II, Tit. 28, §. 1, daß die unter väterlicher Gewalt stehenden Kinder ohne des Vaters Wissen und Willen gar nichts hingeben, verschenken und verändern mögen, und daß das wider des Vaters Willen Hingegebene dem Vater auf sein Begehren ohne allen Abgang wieder zugestellt werden solle, bezieht sich nach der richtigen Ansicht nur auf Dispositionen über das profektizische und das ordentliche adventizische Sondergut, und durch die Landrechtsstelle Thl. II, Tit. 28, §. 2 sind die Bestimmungen des Mazedonianischen Senatuskonsultes nur in der Richtung erweitert, daß sie nicht blos bei dem Geldbarlehen, sondern bei dem Darlehensvertrage überhaupt und bei dem Kaufe fungibler Sachen auf Kredit (nicht aber bei dem Kaufe auf Kredit überhaupt) zur Anwendung kommen. Der Art. 17 des Pfandentwicklungsgesetzes vom 21. Mai 1828 aber enthält keine Erweiterung, sondern eine Beschränkung der Bestimmungen des Mazedonianischen Senatuskonsultes, indem durch diesen Artikel die Einrede des Senatuskonsultes gegenüber von einer durch Unterpfänder versicherten Forderung — also gerade gegenüber von solchen Forderungen, welche zwar an sich der Einrede unterliegen würden, aber durch Unterpfänder versichert sind, — ausgeschlossen wird.

Entscheidung des Obertribunals vom 18. Oktbr. 1870 in der Berufungssache Bauhofer c. Rapp.

3) Stillschweigende Willenserklärung einer Amtskorporation.

Die Amtskorporationen sind juristische Personen mit gesetzlicher Vertretung.[2] Wenn nun gleich auch aus Handlungen solcher Vertreter stillschweigende Willenserklärungen gefolgert werden können, so ist dieß doch nur der Fall, wenn die Handlungen auf Beschlüssen des die Korpo-

[2] **Verfassungsurkunde §. 64, 65; Verwaltungsedikt §. 75, 76, 88.**

ration vertretenden Kollegiums beruhen, wogegen sonstige Handlungen einzelner Mitglieder des Kollegiums oder der Korporation in fraglicher Hinsicht ohne Bedeutung sind. [3]

Entscheidung des Obertribunals vom 19. Dezember 1870 in der Appellationssache Oettinger c. Oberamtskorporation Laupheim.

4) Theilung des Eigenthums einer deutschrechtlichen Realgemeinde.

In Gruibingen bestanden seit alter Zeit 120 s. g. Realgemeinderechte, wovon der politischen Gemeinde Gruibingen 2, der Stiftung 1 zustanden und einzelne in halbe und Viertelstheile vertheilt waren. Die Rechte ruhten auf den Häusern und Hofstätten und bestanden aus jährlichen Brennholznutzungen, sowie in dem Bezuge des benöthigten Bauholzes aus dem mehr als 900 Morgen haltenden Gemeinderechtswald, woneben die politische Gemeinde auch das Holz zu politischen Zwecken und den jährlichen Ueberschuß des Ertrages bezog. Ueber das Eigenthum des Gemeinderechtswaldes hatte Streit zwischen der politischen Gemeinde und den Gemeinderechtsbesitzern bestanden, indem die politische Gemeinde nur bestimmte Nutzungsrechte der Gemeinderechtsbesitzer anerkannte und für sich das alleinige Eigenthum des Waldes beanspruchte, während andererseits die Realgemeindeberechtigten das Eigenthum für sich in Anspruch nahmen. Dieser Streit erhielt seine Erledigung durch einen Vergleich vom 9. März 1848, wodurch die politische Gemeinde, außer 122 M. Wald, welche ihr zum Theil schon bisher unbestritten gehörten und zum Theil als Entschädigung für die ihr und der Stiftung bis dahin zugestandenen 3 Realgemeinderechte überlassen wurden, an dem eigentlichen Gemeinderechtswald noch weiter 240 Morgen, die Realholzberechtigten 720 Morgen erhiel-

[3] Württ. Archiv Bd. VI, S. 156; vergl. Verwaltungsedikt §. 88, Abs. 2.

ten. Bezüglich des den Letzteren zugeschiedenen Waldes wurde bestimmt, daß sie frei von allen Eigenthums-, Nutzungs- und Verwaltungsansprüchen der politischen Gemeinde in das freie Eigenthum der Realgemeinderechtsbesitzer übergehen und, nachdem die Gemeinde und Stiftung für ihre 3 Realrechte durch eine bestimmte Waldfläche entschädigt worden, nur noch 117 Privatrealberechtigte bestehen. Sodann heißt es in dem Vergleiche weiter: „§. 8. Diese 117 Realberechtigte haben an den ihnen zugewiesenen Waldungen in gleicher Weise Anspruch, wie sie solche bisher besessen haben. §. 9. Der den Realberechtigten zugewiesene Wald bleibt in ungetheiltem und unvertheilbarem Eigenthum und Besitze der Realberechtigten." Ungeachtet dieser Bestimmung beschlossen die Realgemeinderechtsbesitzer im Jahre 1867 die Vertheilung des Waldes und brachten solche ungeachtet des Einwandes des Oberamtes, daß der Gemeinde Gruibingen ein vertragsmäßiges Recht auf Unvertheilbarkeit des Waldes zustehe, auch zur Ausführung. Dieß veranlaßte die politische Gemeinde Gruibingen zur Klage gegen die Realgemeinderechtsbesitzer daselbst, womit sie bat, daß die Beklagten das Recht der Klägerin, zu verlangen, es sollen die Realgemeindewaldungen in Gruibingen im ungetheilten und unvertheilbaren Eigenthum und Besitze der Realgemeindeberechtigten bleiben, anzuerkennen, jede Vertheilung derselben daher zu unterlassen und, soweit eine solche bereits geschehen, dieselbe wieder aufzuheben haben. Diese Klage wurde für gegründet erkannt und es wurden die Beklagten dem gestellten Gesuche gemäß verurtheilt. Aus den Entscheidungsgründen des Obertribunals ist dießfalls Folgendes auszuheben:

Daß die in Gruibingen seit unvordenklicher Zeit bestehenden 120 auf gewissen Häusern und Hofstätten ruhenden Holznutzungsrechte in dem dortigen in ungetheilter Gemeinschaft sich befindenden Walde vor Abschluß des Vergleiches vom 9. März 1848 als Realgemeinderechte anzusehen waren, wird von den Beklagten anerkannt.

Durch diesen Vergleich wurde der über das Eigenthum an dem erwähnten Walde zwischen der politischen Gemeinde und den Holznutzungsberechtigten herrschende Streit dahin geschlichtet, daß den Letzteren der größere Theil des fraglichen Waldes eigenthümlich überlassen wurde. Hiedurch, glaubt die beklagte Partei, habe die Genossenschaft jener Nutzungsberechtigten ihren Charakter als Realgemeinde verloren, indem es für den Begriff der letzteren wesentlich sei, daß das Grundeigenthum, in Beziehung auf welches die Nutzungen der Realberechtigten Platz greifen, der politischen Gemeinde gehöre. Dieß ist jedoch unrichtig. Das Charakteristische der Realgemeinde besteht vielmehr darin, daß einer bestimmten Anzahl von Ortsbürgern Nutzungsrechte an in ungetheilter Gemeinschaft stehendem Grundeigenthum zukommen. Ob letzteres der politischen Gemeinde oder aber der Genossenschaft der Realberechtigten gehört, ist für den Begriff der Realgemeinde gleichgiltig. Regelmäßig wird sogar diese Genossenschaft Eigenthümerin des Grund und Bodens sein, an welchem die Nutzungsrechte stattfinden, da die Realgemeinde ursprünglich mit der politischen Gemeinde zusammengefallen ist. Durch jenen Vergleich ist daher, abgesehen von der erreichten Feststellung des Eigenthums an dem fraglichen Walde, das Rechtsverhältniß der Realgemeinde in Gruibingen nicht geändert, vielmehr in seinen wesentlichen Theilen bestätigt worden. Der §. 9 des Vergleiches vom 9. März 1848 bestimmt, daß der den Realberechtigten in Gruibingen zugeschiedene Wald in deren ungetheiltem und unvertheilbaren Eigenthum und Besitze bleiben solle. Diese Bestimmung erscheint nicht als rechtlich unstatthaft. Denn es finden, wie das Obertribunal schon mehrfach ausgesprochen hat, die Grundsätze des römischen Rechtes über die Unzulässigkeit der Verabredung immerwährender Untheilbarkeit keine Anwendung auf das gemeinschaftliche Grundeigenthum der Realgemeinden. [4]

[4] Württ. Archiv Bd. XII, S. 384 ff.

Der §. 9 des Vergleiches vom 9. März 1848 enthält nicht blos eine Vereinbarung zwischen den Realgemeinderechtsbesitzern, sondern auch eine Verpflichtung der Letzteren gegenüber der Klägerin. Denn durch den erwähnten Vergleich wurde das Rechtsverhältniß der politischen Gemeinde Gruibingen und der dortigen Realgemeinde in Beziehung auf den Wald, an welchem diese Beiden das Eigenthumsrecht beansprucht hatten, gegenseitig im Wege des Vertrages festgestellt. Es darf daher mit Recht angenommen werden, daß sämmtliche in Betreff jenes Waldes getroffenen Bestimmungen des Vergleiches, an deren Einhaltung der eine Kontrahent gegenüber dem andern ein Interesse hatte, für den Ersteren ein vertragsmäßiges Recht gegen den Letzteren begründen sollten. Ein solches Interesse lag nun aber für die Klägerin bezüglich der Festsetzung des §. 9 vor. Denn es ist, wie sich schon aus der Natur der Sache ergibt, die forstwirthschaftliche Benützung und die dadurch bedingte Erhaltung des Realgemeindewaldes bei einer gemeinschaftlichen Verwaltung des letzteren mehr garantirt, als wenn solche einer großen Zahl von Berechtigten, die nur darauf bedacht sind, in kurzer Zeit möglichst viel Nutzen für sich aus dem Walde zu ziehen, überlassen ist. Die Erhaltung jenes Waldes aber ist selbstverständlich von Einfluß auf den Wohlstand der berechtigten Gemeindegenossen und damit auch der ganzen Gemeinde.

Da jede reelle Theilung einer seither in dem ideellen Miteigenthum stehenden Sache für den einzelnen Theilhaber eine Veräußerung der auf die andern Theilhaber fallenden nunmehr physisch ausgeschiedenen Theile, auf welche sich früher auch das Eigenthumsrecht des Ersteren zu der ideellen Quote erstreckte, enthält, so liegt in der Verabredung der (reellen) Untheilbarkeit einer Sache für jeden der mehreren Theilhaber zugleich ein Veräußerungsverbot.

Das hienach in dem Vergleiche vom 9. März 1848 in Betreff des den Realgemeinderechtsbesitzern von Grui-

bingen zugewiesenen Waldes ausgesprochene Veräußerungsverbot zu Gunsten der Klägerin ist giltig, weil es aus Anlaß des Verzichtes der Letzteren auf das von ihr beanspruchte Eigenthumsrecht an jenem Walde zu Gunsten der Realgemeindeberechtigten vereinbart worden ist — cst. ult. Cod. de pactis inter emt. et vend. (4, 54) vergl. mit l. 61. D. de pactis (2, 14).

Dieses Veräußerungsverbot kann nun, da der mehrgenannte Vergleich mit der Gesammtheit der damaligen Realgemeinderechtsbesitzer als einer Genossenschaft abgeschlossen worden ist, auch gegen die Beklagten als Mitglieder dieser Genossenschaft geltend gemacht werden, ohne Rücksicht darauf, ob die Beklagten zur Zeit der Eingehung jenes Vergleiches schon Realgemeindeberechtigte gewesen oder wenigstens Erben von solchen geworden sind.

Die Klägerin ist daher dem Ausgeführten zufolge zunächst jedenfalls berechtigt, von den Beklagten Anerkennung der Untheilbarkeit des Realgemeindewaldes und Unterlassung jeder Vertheilung desselben zu fordern (Civilprozeßordnung Art. 319).

Soweit aber die Beklagten den Wald reell unter sich abgetheilt haben, also von denselben jenem Veräußerungsverbote zuwider gehandelt worden ist, steht der Klägerin das Recht zu, gegen die Beklagten auf Erfüllung der von diesen in dem §. 9 des Vergleiches vom 9. März 1848 übernommenen Verpflichtung zu klagen. Dieß ergibt sich schon aus allgemeinen Grundsätzen, wonach aus jedem rechtlich verbindlichen Vertrage auf Erfüllung geklagt werden kann, ist aber auch speziell für das vertragsmäßige Veräußerungsverbot in den Gesetzen bestimmt — l. 75, D. de contr. emt. (18, 1); l. 21, §. 5 D. de act. emt. et vend. (19, 1). — Die Erfüllung jener Verpflichtung besteht für die Beklagten darin, daß sie die bereits von ihnen vorgenommene Theilung wieder aufheben und damit den früheren Zustand, d. h. die ungetheilte Gemeinschaft an dem Walde wieder herstellen.

Gleichgiltig ist es nach dem Ausgeführten, ob die Vertheilung des Realgemeindewaldes, wie die Beklagten behaupten, mit Zustimmung sämmtlicher Realberechtigten, oder wenigstens in Folge Beschlusses der nach den Statuten erforderlichen Anzahl derselben erfolgt ist. Denn die Realgemeindeberechtigten können sich selbstverständlich durch einen solchen einseitigen Beschluß nicht ihrer vertragsmäßigen Verbindlichkeit gegen die Klägerin entledigen.

Die Beklagten machen endlich noch geltend, die Erfüllung ihrer hienach bestehenden Verpflichtung, die vorgenommene Vertheilung wieder aufzuheben, sei unmöglich. Allein, daß diese Erfüllung durch die von dem Beklagten geschilderte Veränderung des Zustandes des Waldes, namentlich der Kultur desselben, nicht gehindert wird, bedarf keiner Ausführung. Ebensowenig stehen die Unzuträglichkeiten, welche etwa für die Beklagten in ihrem Verhältniß unter einander in Folge der Wiederaufhebung der Theilung eintreten sollten, dem Verlangen dieser Aufhebung entgegen, zumal die Beklagten lediglich durch ihr eigenmächtiges Vorgehen gegen die ausdrückliche Einsprache des Oberamtes Göppingen die ihnen durch die Rückgängigmachung der Theilung erwachsenden Nachtheile selbst verschuldet haben.

Wenn sich sodann die Beklagten noch darauf berufen, daß einzelne, übrigens nur wenige, Stücke des Realgemeindewaldes an dritte Personen, welche nicht realberechtigt gewesen seien, veräußert und übertragen worden seien, so bildet auch dieser Umstand kein Hinderniß, auszusprechen, daß die Vertheilung jenes Waldes zwischen den Parteien auf Grund der von den Beklagten in dem §. 9 des mehr erwähnten Vergleiches übernommenen Verpflichtung nicht zu Recht bestehe, also wieder aufzuheben sei.

Entscheidung des Obertribunals vom 18. März 1871 in der Berufungssache der Realgemeinderechtsbesitzer zu Gruibingen c. die Gemeinde daselbst.

5) Verbot der Betreibung eines bestimmten Gewerbes in einem Hause als Realservitut.

Zu Gunsten eines Gymnasiumsgebäudes wurde ein diesem gegenüber von dem Nachbarhause durch Vertrag erworbenes Dienstbarkeitsrecht des Inhalts angesprochen, daß in letzterem kein Handwerk mit stark riechenden Beizen oder mit lautem Klopfen ausgeübt werden dürfe. Gegen diesen Anspruch war unter Anderem eingewendet worden daß die angesprochene Berechtigung den Gegenstand einer Realdienstbarkeit gar nicht bilden könne. Die Gerichte waren jedoch anderer Ansicht und es wurde in den kreisgerichtlichen Entscheidungsgründen dießfalls ausgeführt: Ganz abgesehen von dem erheblichen Interesse, welches das Gymnasium auf die Dauer seiner speziellen Bestimmung an einer solchen Berechtigung hat, ist die Fernhaltung von, das Geruchs- und Gehörorgan stark affizirenden Handlungen und Einrichtungen überhaupt für jedes Wohngebäude, zumal in einer Stadt, von so hohem Werthe, daß es als eine Ausnahme anzusehen ist, wenn einmal nach der besondern Bestimmung, welchem dasselbe dient, dieses Interesse nicht vorhanden sein sollte. Es ist deßhalb nicht abzusehen, weßhalb nicht durch dingliche Belastung diese Einwirkungen auf den Geruchs- und Gehörsinn bei einem praedium urbanum sollten bleibend zu Gunsten des letzteren untersagt werden können. Was aber als in erheblichem Grade die Bewohner des Nachbargebäudes, beziehungsweise diejenigen, welche sich desselben seinem Zwecke entsprechend bedienen, belästigende Beize oder belästigendes Klopfen anzusehen ist, darüber ist der Richter wohl in der Lage nach billigem Ermessen zu urtheilen, und es ist nicht richtig, daß es von dem Geschmacke eines Einzelnen abhängig ist, ob in der Beize oder dem Klopfen eine Belästigung gefunden werden kann. In letzterer Beziehung ist auch schon durch die in dem fraglichen Vertrage aufgeführten

Beispiele (kein laut klopfend Handwerk, als Huf-, Waffen-, Kupfer- und andere Schmiede, Schlosser und Küfer) genügend erläutert, welcher Grad von Klopfen dem bestellten Rechte zuwider läuft. Bei dem Interesse des Gymnasialgebäudes an der Erhaltung von Ruhe und reiner Luft muß es aber um so mehr als zulässig erscheinen, dem Nachbaranwesen die Last aufzuerlegen, daß nicht in demselben ein Gewerbe betrieben werde, welches lautes Klopfen und starkriechende Beizen nothwendig in seinem Gefolge hat und deßhalb in dauernder oder wiederkehrender Weise jene lästigen Einwirkungen nach sich zieht. Es folgt dieß schon aus den Bestimmungen des römischen Rechtes, und kann vollends nach der deutschen Rechtsbildung gar keinem Zweifel unterliegen. [5]

Derselben Ansicht war auch das oberste Gericht, indem dasselbe in seinen Entscheidungsgründen bemerkte: Das für die beiden Gymnasiumsgebäude angesprochene Dienstbarkeitsrecht besteht darin, daß nicht im Hause und Hofe des Beklagten ein Handwerk mit stark riechenden Beizen oder mit lautem Klopfen ausgeübt werde. Daß auch eine Beschränkung dieser Art, das Verbot eines mit den angeführten belästigenden Einwirkungen verbundenen Gewerbebetriebes, zum Gegenstand einer Grunddienstbarkeit gemacht werden kann, ist nicht zu bezweifeln. Auch diese Beschränkung ist eine Eigenthumsbeschränkung, sofern das Recht des Besitzers eines Grundstückes, dasselbe zum Betriebe eines beliebigen Gewerbes zu benützen, ein Ausfluß seines Eigenthumsrechtes ist, und auch sie ist geeignet, den herrschenden Gebäuden als solchen und zwar nicht nur als Schulgebäuden, sondern sogar abgesehen von dieser ihrer Bestimmung, ein bleibendes Interesse zu gewähren. Dar-

[5] Württ. Archiv. Bd. VIII, S. 115, Note 4; Seuffert, Archiv Bd. XIX, Nro. 18; Bd. XX, Nr. 15; vergl. Bangerow, Pand. Bd. I, S. 707; Windscheid, Pand. Bd. I, S. 531—533; Seuffert, Pand. Bd. I, §. 162, Note 4; Sintenis, Civilrecht Bd. I, §. 57, Note 10; Holzschuher, Theorie Bd. II, S. 338.

über aber, welcherlei Gewerbe unter das Verbot fallen, hat im Falle des Streites der Richter zu entscheiden, und es sind im Vertrage selbst nähere Anhaltspunkte hiefür gegeben.

Entscheidung des Obertribunals vom 14. April 1871 in der Berufungssache Haag c. Staatsfinanzverwaltung.

6) Die Verpfändung einer Gesammtheit von beweglichen Zugehörungen einer Liegenschaft.

Nach Art. 51 des Pfandgesetzes können mit einer Liegenschaft auch die beweglichen Zugehörungen derselben als eine Sachgesammtheit verpfändet worden. Dieser Verpfändung wird vom Gesetze ausdrücklich die Wirkung beigelegt, daß alle die einzelnen auch später erworbenen Sachen, welche zur Zeit der Erhebung der Pfandklage Partinenzqualität haben, dem Pfandrechte unterliegen.

In dem Art. 190 des Pfandgesetzes ist sodann rücksichtlich der Form des Eintrags der verpfändeten Zugehörungen einer unbeweglichen Sache in dem Unterpfandsbuche bestimmt, daß dieselben in dem letzteren entweder nach einzelnen Stücken zu bezeichnen seien, oder aber auf deren urkundliche Beschreibung hinzuweisen sei, wobei ausdrücklich auf den Art. 51 Bezug genommen wird. Würde man nun davon ausgehen, daß nach Art. 190 auch bei der Verpfändung einer Sachgesammtheit von beweglichen Zugehörungen einer Liegenschaft die einzelnen in der Sachgesammtheit begriffenen Stücke so, wie es der genannte Artikel vorschreibt, im Unterpfandsbuche zu bezeichnen seien, so müßte konsequenter Weise auch angenommen werden, daß die nach der Verpfändung hinzukommenden Stücke, welche nach Art. 51 unter den Pfandnexus fallen, in derselben Weise im Unterpfandsbuche einzutragen seien. Denn es würde ja sonst bezüglich dieser Stücke an der im Gesetze vorgeschriebenen Form der Verpfändung fehlen. Wäre aber jene Annahme richtig, so könnten überhaupt keine Sachgesammtheiten, sondern nur

die einzelnen unter einer solchen begriffenen Sachen verpfändet werden, da das charakteristische der Sachgesammtheit gerade darin besteht, daß ein über dieselbe abgeschlossenes Rechtsgeschäft sich nicht blos auf die zur Zeit der Eingehung des letzteren vorhandenen, in dem Begriffsganzen zusammengefaßten Sachen, sondern auch auf die später unter das Begriffsganze fallenden Sachen bezieht. Durch den Art. 190 des Pfandgesetzes würde daher der Art. 51 wieder aufgehoben werden. Wollte man aber den Art. 190 dahin auslegen, daß wenigstens die zur Zeit der Verpfändung in der Sachgesammtheit begriffenen einzelnen Stücke auf die daselbst vorgeschriebene Art im Unterpfandsbuche zu bezeichnen seien, so würde das Gesetz eine Bestimmung enthalten, deren Bedeutung nicht wohl einzusehen wäre. Denn bei der Verpfändung eines Begriffsganzen kommt es gar nicht darauf an, welche einzelne Sachen in dem letzteren zur Zeit der Pfandbestellung, sondern vielmehr nur darauf, welche zur Zeit der Geltendmachung des Pfandrechtes in jenem Begriffsganzen enthalten sind. Letztere können aber möglicherweise ganz andere sein, als diejenigen, welche bei der Verpfändung vorhanden gewesen sind.

Hieraus folgt, daß der Art. 190 zunächst nur auf die Verpfändung einzelner beweglicher Zugehörungen einer Liegenschaft bezogen werden kann. Wenn aber dieser Artikel auf den Art. 51 hinweist, so soll damit nur gesagt werden, daß die bestimmte Bezeichnung, welche bei der Verpfändung einzelner beweglicher Zugehörungen nur auf die in dem Art. 190 vorgeschriebene Weise möglich ist, auch bei der Verpfändung einer Sachgesammtheit von beweglichen Zugehörungen nothwendig, d. h., daß diese als solche so zu beschreiben sei, daß kein Zweifel darüber obwaltet, welche einzelne Gegenstände unter der Sachgesammtheit begriffen seien und insbesondere auch welche etwa später hinzukommenden unter dieselbe fallen. [6]

[6] Wächter, Erörterungen, Heft I, S. 51.

Dieser Auslegung des Art. 190 steht nicht entgegen, daß derselbe von Zugehörungen „irgend einer Art" spricht. Denn durch letzteren Ausdruck sollte nur angedeutet werden, daß der Art. 190 sich sowohl auf die gesetzlichen (natürlichen) als auch die auf Privatwillen beruhenden Zugehörungen beziehe, wie sich daraus ergibt, daß die Regierung bei der Endredaktion des Pfandgesetzes in dieses den Grundsatz aufnehmen wollte, daß gesetzliche Zugehörungen von selbst als verpfändet gelten, daß aber hiegegen sich die ständische Kommission erklärte und daß hierauf der Artikel 190 in seiner jetzigen Form gefaßt worden ist. [7]

Ebensowenig kann sich gegen die im Vorstehenden dargelegte Auffassung des Art. 190 auf die ständischen Verhandlungen bezogen werden. Der von der Regierung dem ständischen Ausschuß übergebene Entwurf des Pfandgesetzes spricht in §. 3, Abs. 2, §. 51, Ziff. 1, §. 132, Ziff. 5 überhaupt nur von beweglichen Zugehörungen einer Liegenschaft [8] und enthält in §. 132, Ziff. 5, bezüglich der Form des Eintrags solcher Zugehörungen die in dem jetzigen Art. 190 des Gesetzes gegebene Vorschrift.

Ebensowenig erwähnte der Bericht des ständischen Ausschusses zu dem Entwurfe der Verpfändung einer Sachgesammtheit von beweglichen Zugehörungen einer Liegenschaft. Derselbe verlangte eben die ausdrückliche Bezeichnung der Zugehörungen in dieser ihrer Eigenschaft. [9] Der Bericht der Kommission der Kammer der Abgeordneten schlägt sodann als Hauptantrag VIII. zu den zitirten Stellen des Entwurfes vor, das Unterpfandsrecht solle sich erstrecken auf diejenigen beweglichen Dinge, welche

---

[7] Bolley, Komm., Bd. I, S. 21, 22; Wächter, a. a. O., S. 50, 51, besonders Note 13, ferner S. 45, 46, Note 7.

[8] III. Beil.-Heft zu den Verhandlungen der K. d. Abg. von 1823/24, S. 2, 16, 38 und 39.

[9] A. a. O., S. 182, 199.

als Zugehörung von Immobilien mit verpfändet worden seien, und fügte hier die in dem jetzigen Art. 51 des Gesetzes getroffene Bestimmung bei. [10] Ferner wurde von der Kommission als Hauptantrag XXVI. bezüglich der Form des Eintrags im Unterpfandsbuche in Vorschlag gebracht, es sei bei allen Verpfändungen eine genaue Beschreibung der Sache, worauf das Unterpfand bestellt werde, zu bemerken, ingleichen die Zugehörungen, welche mit der Hauptsache verpfändet werden. Sollen nur einzelne bewegliche Zugehörungen des Unterpfandes mit verpfändet werden, so seien diese entweder in dem Unterpfandsbuche oder in einer demselben beigelegten Urkunde zu verzeichnen. [11] Aus diesem Antrag der Kommission scheint hervorzugehen, daß dieselbe bei der Verpfändung einer Sachgesammtheit von Zugehörungen nicht die Verzeichnung der einzelnen Sachen, sondern eben eine genaue Beschreibung der Sachgesammtheit für nothwendig erachtete.

Bei der Berathung des Entwurfes in der Kammer der Abgeordneten wurde dann zu dem Hauptantrag VIII. der Kommission beschlossen, daß die beweglichen Zugehörungen ausdrücklich bezeichnet werden sollten; im Uebrigen aber wurde es bei dem Vorschlag der Kommission belassen und zu Hauptantrag XXVI. die Worte: „nur einzeln" weggelassen (ohne weitere Motivirung). [12] Gleichwohl lautete der mit der Adresse an die Regierung vorgelegte Hauptantrag XXIV. der Kammer der Abgeordneten wörtlich, wie der Hauptantrag XXVI. der Kommission. [13]

---

[10] A. a. O., S. 295.

[11] A. a. O., S. 315, 316.

[12] Verh. der K. d. Abg. von 1823, 1824, Heft IX, S. 743, Heft X, S. 843.

[13] Kammerverh. III, Beil.-H., S. 402.

In dem Königl. Reskripte auf die ständischen Anträge zu dem Entwurfe des Pfandgesetzes wurde zu dem Hauptantrag VI. (entsprechend dem Hauptantrag VIII. der Kommission) bemerkt, daß in Ansehung der Verpfändung einer Gesammtheit beweglicher Pertinenzstücke der aufgestellte Grundsatz als richtig anerkannt werde, [14] und zu dem Hauptantrag XXIV. (entsprechend dem Hauptantrag XXVI. der Kommission), daß es hinsichtlich der auf dem Privatwillen beruhenden Zugehörungen (da die gesetzlichen Zugehörungen stets als mitverpfändet vorausgesetzt werden) bei der Bestimmung des §. 132, Ziff. 5 des Entwurfes zu belassen sei. [15] Die Kommission der Kammer der Abgeordneten erklärte hiezu in ihrem Berichte, daß der fragliche Antrag eigentlich nur die Form des Eintrags betroffen habe und daher die K. Entschließung hierüber keiner besonderen Erläuterung bedürfe. [16] Aus den angeführten Stellen der ständischen Verhandlungen geht hienach nur so viel hervor, daß zwar die Kommission der Kammer der Abgeordneten, durch welche die Sachgesammtheit von beweglichen Zugehörungen einer Liegenschaft als Gegenstand des Unterpfandes überhaupt erst in das Gesetz hereingebracht worden ist, bezüglich der Form des Eintrags einer solchen Sachgesammtheit in dem Unterpfandsbuche der oben vertheidigten Ansicht gewesen zu sein scheint, daß aber weder die Regierung, noch die Kammer der Abgeordneten sich über diese Frage ausgesprochen haben.

Entscheidung des Obertribunals vom 4. Mai 1871 in der Berufungssache Hoß c. Weil.

---

[14] A. a. O., S. 438.
[15] A. a. O., S. 446, 447.
[16] A. a. O., S. 463.

7) Bedeutung der für die Ablösbarkeit von Leistungen für öffentliche Zwecke aufgestellten Voraussetzung der Verknüpfung der Leistungsverbindlichkeit mit einem Vermögensbesitze.

Die Ablösung der Verbindlichkeit einer Leistung für öffentliche Zwecke kann auf Grund des Art. 1 des Gesetzes vom 19. April 1865 nur dann beansprucht werden, wenn die Leistungsverbindlichkeit nicht in den heutigen staatsrechtlichen Verhältnissen begründet und als bleibende Last mit dem Besitze einzelner oder verbundener Vermögensgegenstände verknüpft ist. Was nun das Erforderniß einer Verknüpfung der Verbindlichkeit mit dem Besitze einzelner oder verbundener Vermögensgegenstände als einer bleibenden Last, betrifft, so unterliegen nach der von dem Obertribunal angenommenen und in allen zur Entscheidung gekommenen Fällen konstant festgehaltenen Auslegung der fraglichen Gesetzesbestimmung nur solche Verbindlichkeiten zur Leistung für öffentliche Zwecke der Ablösung, welche, wenn sie auch nicht als dingliche Last auf gewissen Vermögensgegenständen ruhen, so doch jedem Besitzer derselben als solchem obliegen, somit an den Besitz dieser Vermögensgegenstände bleibend geknüpft und durch diesen Besitz in der Weise bedingt sind, daß sie mit den fraglichen Vermögensgegenständen auf jeden Besitzer als solchen übergehen und die Person des jeweiligen Verpflichteten durch den Besitz jener Vermögensgegenstände bestimmt wird. [17] Dieß wurde in einem neueren Falle dahin weiter ausgeführt:

Es sprechen für die Ansicht des Obertribunals die klaren unzweideutigen Worte des Gesetzes, welches die Verknüpfung der Verbindlichkeit mit dem Besitze gewisser

---

[17] Württ. Archiv, Bd. XII, S. 243 ff.; S. 377 ff.; württ. Gerichtsblatt, Bd. III, S. 94 ff.

Vermögensgegenstände und, daß die Verbindlichkeit als eine bleibende mit diesem Besitze verknüpft sei, mit ausdrücklichen Worten als die wesentliche Voraussetzung für die Ablösbarkeit der fraglichen Verbindlichkeiten erklärt. Es ist zwar eingewendet worden, daß das Gesetz, indem es bestimme, daß die Leistung mit einem Vermögensbesitze als bleibende Last verknüpft sein müsse, nur ausspreche, daß die Leistung bleibender Natur sein, nicht aber, daß sie mit einem Vermögensbesitze bleibend verknüpft sein müsse. Allein, wenn der Ablösung nur Verbindlichkeiten zu bleibenden Leistungen unterliegen und eine weitere Voraussetzung der Ablösbarkeit die Verknüpfung der Verbindlichkeit als einer bleibenden Last mit einem Vermögensbesitze ist, so folgt daraus mit logischer Nothwendigkeit, daß auch die Verknüpfung der Leistungsverbindlichkeit mit dem Vermögensbesitze eine bleibende sein muß. Die Worte des Gesetzes für sich lassen eine andere Auslegung nicht zu und es könnte daher eine andere Auslegung nur dann für zulässig erachtet werden, wenn sich der zweifellose Beweis führen ließe, daß der wahre Sinn und Inhalt des Gesetzes ein anderer sei, als derselbe nach seinen Worten sich darstellt. Dieß läßt sich aber aus der Geschichte des Gesetzes keineswegs entnehmen, wie dieß in veröffentlichten früheren Entscheidungen dargethan worden ist. Zuzugeben ist allerdings, daß bei der Berathung der fraglichen Gesetzesbestimmung über deren Tragweite die verschiedensten Ansichten zu Tage traten und daß mehrfach davon ausgegangen wurde, es werden nicht blos Reallasten von der Gesetzesbestimmung getroffen. Allein es hängt dieß zum Theil mit der Auffassung der Reallasten als dinglicher Lasten zusammen, während diese vielmehr als obligatorische Verbindlichkeiten aufzufassen sind, bei welchem nur die Person des Verpflichteten durch den Besitz eines bestimmten Vermögens bestimmt wird. Stellt man den Begriff der Reallast in dieser Weise fest, so erschöpft derselbe alle diejenigen Fälle, in welchen von einer recht-

lichen Beziehung einer obligatorischen Verbindlichkeit zu einem Vermögensbesitze die Rede sein kann. Die rechtliche Beziehung der Verbindlichkeit zu von dem Pflichtigen besessenen Vermögensgegenständen wurde aber auch bei der Berathung des Gesetzes stets als wesentlich erkannt. Sodann aber kann auf die vielfach unklaren und ungreifbaren Ansichten, wie sie bei der Berathung des Gesetzes sich geltend zu machen suchten, überhaupt ein entscheidendes Gewicht nicht gelegt werden. Eine entscheidende Bedeutung könnte den über den klaren Wortlaut des Gesetzes hinausgehenden Aeußerungen nur zukommen, wenn feststünde, daß solche von den sämmtlichen gesetzgebenden Faktoren gebilligt worden. Hiefür fehlt es aber Angesichts der sich widerstreitenden Aeußerungen an jedem sicheren Anhaltspunkte und es kann die Absicht, der Gesetzesbestimmung eine über seine Worte hinausgehende Tragweite zu geben, um so weniger unterstellt werden, als, wie auch in früheren Entscheidungen hervorgehoben worden ist, der Berichterstatter der Kommission der Kammer der Abgeordneten in der Sitzung vom 15. Januar 1865, ohne Widerspruch von irgend einer Seite zu erfahren, ausdrücklich erklärt hat, soweit man auch gehen möge, sei immer das fest zu halten, daß die betreffenden Leistungen eine bestimmte Beziehung zu einem Vermögensbesitze haben müssen, sei es, daß sie als Reallasten im eigentlichen Sinne des Wortes auf einem Grundbesitze ruhen, sei es, daß ein gewisser Besitz die rechtliche Veranlassung zu dieser Leistung sei und die Verbindlichkeit zu denselben begründe, sei es, daß durch die Inkammeration oder Inkorporation eines gewissen Vermögenskomplexes gegenüber von Demjenigen, zu dessen Gunsten dieselbe vorgenommen worden, die Verbindlichkeiten entstanden seien. [18]

Hiemit ist, wie das Obertribunal schon früher ange-

[18] Verh. der Kammer der Abg. von 1862/65 Prot.-Bd. III, S. 1963.

nommen, in Uebereinstimmung mit den Worten des Gesetzes ausgesprochen, daß die Verbindlichkeit, wenn sie nicht als eine dingliche Last sich darstelle, jedenfalls ihre rechtliche Veranlassung und ihren Grund in dem Besitze gewisser Vermögensgegenstände haben, die Verbindlichkeit somit, um ablösbar zu sein, in dem Vermögensbesitze gegründet und durch solchen bedingt sein müsse, wie dieß auch bei Inkammerationen und Inkorporationen, soweit eine Verbindlichkeit durch dieselben begründet wird, der Fall ist. Diesem gegenüber will zwar Gewicht darauf gelegt werden, daß in dem Berichte der Kommission der Kammer der Abgeordneten gelegentlich auch davon gesprochen wurde, es könne die rechtliche Beziehung einer Leistungsverbindlichkeit zum Besitze eines gewissen Vermögenskomplexes auch darin bestehen, daß letzteres die Sicherung für die Leistung bilde. Allein eine rechtliche Beziehung einer Verbindlichkeit zu einem Vermögensgegenstand als bloßem Sicherungsmittel derselben ist ohne dingliche Verhaftung des Vermögensgegenstandes rechtlich nicht denkbar. Thatsächlich dient allerdings jeder Vermögensbesitz des Pflichtigen zur Sicherung der ihm obliegenden Leistungen, allein eine rechtliche Beziehung und eine Verknüpfung mit dem Besitze, wie das Gesetz sie verlangt, wird dadurch nicht begründet. Es kommt zudem weiter in Betracht, daß bei der Berathung des Gesetzes darüber kein Streit war, daß dasselbe auf rein obligatorische, mit einem Vermögensbesitze in keiner rechtlichen Beziehung stehende Verbindlichkeiten nicht auszudehnen sei. [19] Leistungsverbindlichkeiten, welche zu einem Vermögensbesitze in keiner anderen Beziehung stehen, als daß dieser Vermögensbesitz geeignet ist, eine thatsächliche Sicherung für die Erfüllung der Verbindlichkeit zu bieten, sind aber rein obligatorische Verbindlichkeiten und es ließe sich nicht absehen, wie eine irgend sichere Grenzlinie für

[19] Verh. der K. d. Abg. von 1862/65, Beil.-Bd. I, Abth. 3, S. 2057, 2058; Prot.-Bd. III, S. 1963, 1967.

die Ablösbarkeit sollte gezogen werden können, wenn auch Verbindlichkeiten dieser Art dem Gesetze unterstellt werden wollten. Der Annahme, es sei nur nöthig, daß ein bestimmter Besitz die Veranlassung zur rechtlichen Begründung der Leistungsverbindlichkeit gebildet und daß derselbe geeignet sei, als dauernde Quelle oder als Sicherung für die Leistung zu dienen, steht entgegen, daß in diesem Falle die Verbindlichkeit von dem Vermögensbesitze in keiner Weise abhängig sein, und die Verbindlichkeit fortbestehen würde, wenn auch der ganze Vermögensbesitz verloren ginge, was mit den Worten des Gesetzes, welches eine bleibende Verknüpfung mit dem Besitze voraussetzt, nicht vereinbar wäre und entschieden über das Gesetz hinausgeht. Es ist sich nun zwar darauf berufen worden, daß der Ausdruck des Gesetzes: „mit dem Besitze .... als bleibende Last verknüpft" an die Stelle des Ausdrucks in dem Entwurfe: „auf dem Besitze ..... als bleibende Lasten haften" eben darum gesetzt worden sei, um dem Gesetze eine über die Reallasten im eigentlichen Sinne hinausgehende Fassung zu geben. Nun ist allerdings diese Fassungsänderung von der Kommission der Kammer der Abgeordneten beantragt worden, um einerseits den Begriff der vom Gesetze zu treffenden Leistungen nicht auf die in Form von Reallasten bestehenden Leistungen zu beschränken, andererseits aber die Ausdehnung auf diejenigen bleibenden persönlichen Verbindlichkeiten, welchen die Beziehung auf einen Vermögensbesitz des Pflichtigen fehle, abzuschneiden. Allein, da einerseits bei den gesammten Verhandlungen über den Gesetzesentwurf wenig Klarheit über den Begriff der Reallasten herrschte, andererseits darüber Einverständniß bestand, daß rein persönliche Verbindlichkeiten ohne rechtliche Beziehung zu einem Vermögensbesitze von der Ablösung ausgeschlossen werden sollen, so gibt der gedachte Antrag auf Aenderung der ursprünglichen Fassung des Gesetzes sowohl, als die Annahme dieses Antrags keinen irgend sicheren und greifbaren Anhaltspunkt

für die Bestimmung einer über den richtig gestellten Begriff der Reallasten hinausreichenden Grenzlinie der Ablösbarkeit. Mit gutem Grunde ist daher auch bei der Berathung des Gesetzesentwurfes in der Kammer der Abgeordneten bemerkt worden, daß, wenn die von der Kommission vorgeschlagene Fassung nicht dasselbe besagen solle, was die Fassung des Entwurfes ausdrücke, der Begriff der Komplexlast zu einer täuschenden Fiktion würde, hinter der sich die heterogensten Rechtsbegriffe oder gar keine Rechtsbegriffe verbergen würden, so daß der Richter, der das Gesetz anzuwenden und diese Fiktion zu zerstören hätte, in die größte Verlegenheit kommen müßte; es würde ihm gewissermassen durch das Gesetz Willkühr zugemuthet. Wohl wurde von anderer Seite bemerkt, der Richter habe eben das Gesetz mit Takt oder mit seinem Rechtsbewußtsein und mit der Logik lebendig zu machen. Allein dieß ist nicht die Aufgabe des Richters. Dieser hat sich an das Gesetz zu halten, wie es gegeben ist, und hienach können nur solche Verbindlichkeiten als ablösbar betrachtet werden, welche dem Besitzer gewisser Vermögensgegenstände als solchem obliegen.

Entscheidung des Obertribunals vom 28. Februar 1871 in der Berufungssache der Stadtpfarrstelle in Heubach c. die Stadtgemeinde daselbst.

8) Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages.

Der Klage auf Bezahlung des Kaufschillings für ein verkauftes Haus war die Einrede des nicht erfüllten Vertrages entgegengehalten und solche damit begründet worden, daß, obwohl der Beklagte das verkaufte Haus inzwischen bezogen habe, derselbe sich nicht im vollständigen Besitze der ihm verkauften Sache befinde, sofern ihm der zu dem Hause gehörige Keller und verschiedene weitere Räumlichkeiten nicht mit übergeben worden seien und sich noch nicht in seinem Besitze befinde, während klägerischer

Seits geltend gemacht wurde, daß der Beklagte, indem er das erkaufte Haus bezogen, damit das ganze Haus angenommen habe und daher zur Zurückhaltung des Kaufschillings nicht mehr berechtigt sei. Hierüber wurde von dem Obertribunal bemerkt:

Allerdings kann von dem auf Erfüllung des Vertrages belangten Kontrahenten die Nichterfüllung des Vertrages seiten des Klägers nicht mehr eingewendet werden, wenn er den Willen kund gegeben hat, eine zur Erfüllung bestimmte Leistung als Erfüllung gelten zu lassen. Diese Willenserklärung, welche sich formell als Verzicht auf diese Einwendung auffassen läßt, kann auch stillschweigend erfolgen. Ob aber in der bloßen Annahme einer, wenn auch unvollständigen oder mangelhaften, Leistung eine solche Willenserklärung erblickt werden darf, kommt auf die thatsächlichen Umstände an. Und hier ist ein nicht zu verkennender Unterschied zwischen quantitativ unvollständiger und qualitativ mangelhafter Leistung. In der Annahme einer Leistung der ersten Art liegt an sich noch nicht eine Anerkennung vollständiger Vertragserfüllung; denn wer einen Theil annimmt, geräth mit sich nicht in Widerspruch, wenn er später den Rest fordert, da ja das Ganze aus seinen Theilen sich bildet. [20] Es müssen besondere Umstände dazu kommen, um einen Verzicht annehmen zu können, z. B. die Erklärung, sich blos Ersatzansprüche vorzubehalten. Dieß ist das in der Natur der Sache begründete Verhältniß. Und hieran ist auch durch ein positives Gesetz nichts geändert, vielmehr ist übereinstimmend damit die l. 22 D. de her. vel. act. vend. (18, 4). [21]

Entscheidung des Obertribunals vom 6. Juli 1870 in der Berufungssache Ehe c. Sieger.

---

[20] Bähr, die Anerkennung, S. 175.

[21] Württ. Archiv, Bd. VI, S. 165, Note 48; vergl. auch Seuffert, Archiv, Bd. VIII, Nro. 43, Bd. XVIII, Nro. 34.

9) Die Haftung des Cedenten für die Güte der cedirten Forderung.

Die Beantwortung der Frage, wofür der Cedent einer Forderung dem Cessionar zu haften hat, ob blos für die juristische Existenz oder auch für die faktische Realisirbarkeit der cedirten Forderung, richtet sich nach dem der Uebertragung zu Grunde liegenden Rechtsverhältniß. Denn die Cession ist, wie das Obertribunal in einer Entscheidung vom 12. Dezember 1866 ausgesprochen hat, kein selbstständiges Rechtsgeschäft, sondern nur die Vollziehung eines sochen. Nach der Natur des letzteren ist daher das Rechtsverhältniß des Cedenten zum Cessionar in Absicht auf die Gewährleistung für die cedirte Forderung zu bestimmen.[22] Hat aber der Cedent eine weitergehende Haftung für die abgetretene Forderung dem Cessionar gegenüber übernommen, als ihm nach dem Gesetze obliegen würde, hat insbesondere der Verkäufer einer Forderung, welcher als solcher nach dem Gesetze nur für die juristische Existenz der Forderung zu haften hätte, auch die Haftung für die Einbringlichkeit derselben übernommen, so entsteht die Frage, unter welchen rechtlichen Gesichtspunkt diese vertragsmäßige Garanticübernahme zu stellen ist.

Das Obertribunal ist in einem älteren Falle davon ausgegangen, daß das dadurch begründete Rechtsverhältniß als eine Bürgschaft des Cedenten für den debitor cessus aufzufassen sei. In dem gedachten Falle hatte der Cedent den Einzug der abgetretenen Güterzieler mit der Ver-

---

[22] Schliemann, die Haftung des Cedenten (1848, 2. Aufl. 1850); Windscheid, Pand., Bd. II, §. 336, Note 3; Dresdener Entwurf eines gemeinsamen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse Art. 326; Protokolle der Dresdener Kommission zur Ausarbeitung eines deutschen Obligationenrechtes, Bd. II, S. 980—982; Sächsisches bürgerl. Gesetzbuch §. 971; privatrechtl. Gesetzbuch für den Kanton Zürich, §. 1038, 1039.

pflichtung übernommen, den Betrag der Zieler innerhalb drei Monaten nach der Verfallzeit an den Cessionar einzusenden, gleichviel ob die Zieler eingegangen sein mögen oder nicht. Hierin, wurde in den Entscheidungsgründen des Obertribunals gesagt, liege die Uebernahme der Verpflichtung zur Bezahlung der Schuld eines Andern neben Diesem zu Gunsten seines Gläubigers und durch Uebereinkunft mit Letzterem; dieß sei aber nichts Anderes als eine Bürgschaft.

Entscheidung des Obertribunals vom 10. Septbr. 1853 in der Appellationssache Bernoulli c. Katz.

In späteren Entscheidungen wurde diese Ansicht jedoch verlassen. In dem ersten Falle, in welchem die Frage auf's Neue zur Sprache kam, hatte der Cedent und Verkäufer einer Forderung urkundlich sich verbindlich gemacht, den Cessionar für den Fall, daß er von dem abgetretenen Schuldner um Kapital und Zinse bis zu einem bestimmten Tage nicht bezahlt sein sollte, um Hauptsumme und Zinsen zu befriedigen. Auch hier war geltend gemacht worden, daß das hiedurch begründete Rechtsverhältniß als Bürgschaft aufzufassen sei. Es wurde aber dagegen bemerkt:

Die in der Urkunde von dem Verkäufer der Forderung übernommene Verbindlichkeit sei nichts Anderes als die vertragsmäßige Uebernahme der Gewährleistung für die faktische Realisirung der veräußerten Forderung binnen bestimmter Frist von Seiten des Verkäufers gegenüber dem Käufer und der Letztere könne daher, wenn der Fall der Gewährleistung eingetreten, seinen Anspruch gegen den Cedenten mit der Klage aus dem Kaufvertrage geltend machen. Diese vertragsmäßige Haftungspflicht des Verkäufers der Forderung für die Güte der letzteren enthalte nicht die Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit, nicht eine Verbürgung für den abgetretenen Schuldner, sondern von Anfang an eine zwar bedingte, aber alleinige und prinzipielle Verbindlichkeit des Cedenten gegen den Cessionar und das Rechtsverhältniß zwischen beiden sei so wenig,

als bei der Haftung für natürliche Mängel einer verkauften Sache, nach den Grundsätzen des Bürgschaftsvertrages, sondern nach den Grundsätzen des zwischen beiden geschlossenen Kaufsgeschäftes zu beurtheilen. Gewiß würde auch in vorliegendem Falle der Cedent der Erfüllungsklage des Cessionars nicht die Einreden entgegen halten können, die dem belangten Bürgen gegen den klagenden Gläubiger zu Statten kommen.

Dieser Ansicht trat das Obertribunal bei und es besagen dießfalls die Entscheidungsgründe:

Das der Cession zu Grunde liegende Rechtsverhältniß ist ohne Zweifel ein Kaufvertrag. Nach diesem unter den Parteien abgeschlossenen Kaufvertrage waren die Leistungen des Verkäufers einmal die Uebertragung der Forderung an den Käufer und daneben die Uebernahme der Verbindlichkeit, diejenige Summe, welche an dem festgesetzten Tage an der abgetretenen Kapital- und Zinsenforderung nicht getilgt sein sollte, zu bezahlen. Schon hieraus erhellt, daß es sich von einer infolge des abgeschlossenen Kaufvertrages dem Verkäufer obliegenden prinzipalen, wenn auch bedingten Verpflichtung und nicht, was das Wesen der Bürgschaft ausmacht, von der Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit handelt, weßhalb dieselbe auch ihre rechtliche Geltung behält, gleichviel ob die Forderung an den debitor cessus zu Recht besteht oder nicht, während gerade die Bürgschaft als eine blose Nebenverpflichtung das Vorhandensein einer Hauptschuld voraussetzt und für eine ungiltige Schuldverbindlichkeit unwirksam ist.[23] Während bei der Bürgschaft das Objekt der Verpflichtung in der Erfüllung der dem Hauptschuldner obliegenden Verbindlichkeit besteht, bildet den Gegenstand der hier übernommenen Obligation die in dem Kaufvertrage übernommene eigene von der des debitor cessus an und für sich unabhängige bedingte Zahlungsverbindlichkeit des Verkäufers.

[23] Unterholzner, Schuldverh., Bd. II, S. 803.

Daß im Resultate diese Gewährleistungsverbindlichkeit mit der des Bürgen zusammen fallen kann, ändert hieran Nichts. Immer sind es wesentlich verschiedene Rechtsverhältnisse, was sich auch daran zeigt, daß dem mit der Klage aus dem Kaufvertrage in Anspruch genommenen Garanten nicht die dem Bürgen *als solchem* zukommenden Einreden zustehen, daß er vielmehr seine Einreden nur aus solchen Thatsachen herleiten kann, welche sich auf die von ihm übernommene Verbindlichkeit beziehen. Ist aber das hier vorliegende Rechtsverhältniß seinem Wesen nach keine Bürgschaft, so kommt der Umstand, daß der Cedent in einzelnen Stellen der Akten Bürge genannt wird, nicht in Betracht.

Entscheidung des Obertribunals vom 10. Novbr. 1855 in der Appellationssache Wild'sche Gläubiger c. Kohn.

In einem andern Falle hatte der Verkäufer einer Forderung (Cedent) sich verpflichtet, dem Käufer (Cessionar) nicht nur für die Liquidation und Güte der abgetretenen Zieler, sondern auch für die ganze Summe als Bürge, Selbstschuldner und Selbstzähler zu haften. Ungeachtet dieser letzteren Worte ist in den Entscheidungsgründen des Obertribunals gesagt, daß die Verbindlichkeit des Cedenten nicht sowohl unter den Gesichtspunkt einer Bürgschaft falle, sondern vielmehr als eine Ausdehnung seiner ihm als Verkäufer gesetzlich obliegenden Verpflichtung zur Gewährleistung für die verkaufte Forderung sich darstelle.

Entscheidung des Obertribunals vom 4. Dezember 1855 in der Appellationssache Schneider c. Zielerkasse Nellingen.

In einem weiteren Falle hatte der Cedent und Verkäufer einer Forderung dem Käufer und Cessionar gegenüber die Verbindlichkeit übernommen, zu jeder Zeit für Bezahlung der cedirten Forderung einzustehen. Das hiedurch begründete Rechtsverhältniß war als Bürgschaft aufgefaßt worden. Der Referent des Obertribunals bemerkte

jedoch, es stehe sehr dahin, ob das Verhältniß einer eigentlichen Bürgschaft hier bestehe, denn da der Cedent beim Verkaufe der Forderung gleichzeitig die Haftverbindlichkeit übernommen habe, erscheine diese als eine selbstständige (prinzipale). Das Kollegium sprach sich bei der Abstimmung in Uebereinstimmung mit den Vorgängen dahin aus, daß das Rechtsverhältniß nicht als Bürgschaft, sondern als ein Gewährleistungsversprechen für die verkaufte Forderung aufzufassen sei und es sich somit nur um eine erweiterte Verbindlichkeit aus dem Kaufvertrage handle. In den Entscheidungsgründen wurde jedoch über die rechtliche Auffassung des Verhältnisses Nichts bemerkt, da man dessen zur Entscheidung nicht bedurfte.

Vergl. Entscheidung des Obertribunals vom 11. Oktober 1856 in der Appellationssache Christ c. Schöll'sche Zielerkasse.

Auch in einem weiteren Falle, in welchem der Verkäufer und Cedent einer Zielerforderung sich verbindlich erklärt hatte, als Bürge und Selbstzähler für die abgetretenen Zieler insolange zu haften, bis sie auf einen bestimmten Betrag herunter gekommen sein werden, wurde in den Entscheidungsgründen über die Auffassung des Rechtsverhältnisses sich nicht ausgesprochen. Es war von einer Seite geltend gemacht worden, daß in einem Falle, wo die Parteien durch den Gebrauch der Worte „Bürge und Selbstzähler" zu erkennen gegeben haben, daß sie das fragliche Rechtsverhältniß als Bürgschaft betrachten, kein Grund vorliege, dieser Auffassung entgegen zu treten. Von anderer Seite war dagegen erinnert worden, daß die fragliche Verbindlichkeit in Wirklichkeit keine Bürgschaft sei, sondern als eine vertragsmäßige Garantie für die Bonität der abgetretretenen Forderung aufgefaßt werden müsse. Der Cedent hafte auf Grund des Versprechens dafür, daß er, was er als Verkäufer versprochen, auch richtig halten werde. Es liege nur eine vertragsmäßige Erweiterung der gesetzlichen Verbindlichkeit des Verkäufers vor. Der Cedent habe nicht für die Person des Haupt-

schuldners eine Verbindlichkeit übernommen, sondern für die Güte der verkauften Forderung zur Gewährleistung sich verpflichtet. Wenn die Parteien von einer anderen rechtlichen Auffassung ausgegangen, ändere dieß an der rechtlichen Natur des Verhältnisses nichts. Diese Verschiedenheit der Ansichten führte dahin, daß in den Entscheidungsgründen ebensowohl der Ausdruck „Bürgschaft" als der Ausdruck „Gewährleistungsversprechen" vermieden und statt dessen „Haftungsverbindlichkeit" gesetzt wurde, ohne daß sich in den Entscheidungsgründen über die rechtliche Natur des Verhältnisses weiter ausgesprochen wurde, weil es dessen nicht bedurfte.

Entscheidung des Obertribunals vom 10. Okt. 1857 in der Appellationssache Wagner c. württ. Sparkasse.

Dagegen wurde in einem weiteren Falle, in welchem die Verkäufer und Cedenten für die abgetretenen Güterzieler als Bürgen und Selbstzähler zu haften sich verbunden und zu diesem Ende auf alle Einreden und Ausflüchte, namentlich der Vorausklage und Theilung verzichtet hatten, und die Parteien übereinstimmend davon ausgegangen waren, daß hiemit die Cedenten einen Bürgschaftsvertrag haben eingehen wollen und eingegangen haben, auch von dem Obertribunal eine Bürgschaft angenommen, indem davon ausgegangen wurde, daß der Verkäufer einer Forderung, welcher dem Käufer für deren Einbringlichkeit gut stehen wolle, dieß ebensowohl in der Form einer eigentlichen Bürgschaft, welche er dem Käufer leiste, thun könne, als mittelst der vertragsmäßigen Erweiterung der gesetzlichen Haftungspflicht des Verkäufers für die Richtigkeit der Forderung, und daß es eine Thatfrage bilde, ob die Kontrahenten im einzelnen Falle das Eine oder das Andere gewollt haben. In den Entscheidungsgründen wurde dießfalls ein Weiteres nicht bemerkt. Bei der Debatte wurde aber (seiten des Herrn Präsidenten v. Harpprecht) ausgeführt:

Das Gesetz — l. 4 D. de hered. vend. (18, 4) bezeichne in den Worten: „Si nomen sit distractum, — locupletem esse debitorem non debere praestare, debitorem autem esse praestare, nisi aliud convenit — die vertragsmäßige Verbindlichkeit des Verkäufers, für die Solvenz des abgetretenen Schuldners einzustehen, unzweideutig als eine, mit der Kaufklage geltend zu machende Prästation des Verkäufers, welche dieselbe rechtliche Natur habe, wie die schon gesetzlich bestehende Verbindlichkeit desselben, die Richtigkeit der Forderung zu prästiren. Zwischen dieser vertragsmäßigen Prästation des Verkäufers und einer von ihm übernommenen eigentlichen Bürgschaft bestehen auch wesentliche rechtliche Verschiedenheiten; namentlich erlösche jene vertragsmäßige Haftung des Verkäufers nicht, wie die Bürgschaft, dadurch, daß die garantirte Schuld gar nicht existire; der Verkäufer könne, anders als der Bürge, sich in stärkerer Weise oder in größerem Umfange als der abgetretene Schuldner verpflichten; ihm komme es nicht, wie dem Bürgen, zu Statten, wenn er sich etwa über die Person des abgetretenen Schuldners im Irrthum befunden, und er würde dadurch nicht, wie der Bürge, seiner Verbindlichkeit als Verkäufer entledigt, wenn der Käufer ihm das Forderungsrecht gegen den abgetretenen Schuldner nicht abtreten könne. Mögen daher auch in vielen anderen Beziehungen beiderlei Verpflichtungsarten sich ähnlich sein und die gleiche rechtliche Wirkung äußern, so werde dadurch an der rechtlichen Auffassung des Verhältnisses nichts geändert.

Der für die Güte der Forderung haftende Verkäufer übernehme nur scheinbar eine fremde, in der That aber eine eigene Verbindlichkeit, wie im Falle der l. 13 pr. D. ad S. C. Vell. (16, 1) einer interzedirenden Frau die Berufung auf das S. C. Vellejanum versagt werde, cum prima facie quidem alienam, re vera autem suam obligationem suscipiat.

Der Verkäufer übernehme in den meisten Fällen diese

Verbindlichkeit nicht auf Ersuchen des Schuldners, ja nicht einmal in der Absicht, dessen negotia zu geriren oder ihm einen Vortheil zu verschaffen, er thue es lediglich in der Absicht, um seine Forderung an den Mann zu bringen und sich in eigenem Namen haftbar zu machen. Er könne sich sogar als Verkäufer in der Art haftbar machen, daß der Käufer zur Verfallzeit nicht zunächst den abgetretenen Schuldner auszuklagen brauche, sondern er könne sich, sobald der Schuldner nicht zu rechter Zeit zahle, in erster Linie haftbar erklären.

Selbst wenn man den garantirenden Verkäufer als Interzedenten betrachte, so würde er gleichwohl nicht, wie der eigentliche Bürge, als ein blos alieno nomine haftender Nebenschuldner, dessen obligatio aus der Person des Hauptschuldners zu beurtheilen wäre, sondern als proprio nomine verpflichteter Hauptschuldner, dessen Verbindlichkeit aus seiner eigenen Person zu beurtheilen sei, sich darstellen, wie denn auch die l. 24 D. de pact. (2, 14) von demjenigen fidejussor, qui in rem suam spopondit, sage, er sei pro reo accipiendus, et pactum cum eo factum cum reo factum esse videtur.

Wenn dagegen geltend gemacht worden, daß der Cedent, wenn er wegen Insolvenz des debitor cessus von dem Cessionar in Anspruch genommen diesen befriedige, nachher aber der debitor cessus wieder zu Vermögen komme, gegen den letzteren keinen Regreß nehmen könnte, so beweise dieß darum nichts, weil der Cedent es lediglich sich selbst beizumessen habe, wenn er sich dem Cessionar in solcher Weise verpflichtet und unterlassen habe, bei der Befriedigung des Gläubigers dessen Klagerechte sich abtreten zu lassen. Uebrigens habe selbst der Bürge, welcher unter ähnlichen Umständen (also ohne Auftrag des Hauptschuldners oder nicht als negotiorum gestor desselben) die Bürgschaft übernommen habe, ohne Abtretung der Klagerechte des befriedigten Gläubigers keinen Ersatzanspruch gegen den Hauptschuldner.

Es komme daher in jedem einzelnen Falle auf die aus der Willenserklärung der Betheiligten und den begleitenden Umständen zu erforschende Absicht derselben an, ob in der Haftung für die Güte der verkauften Forderung blos eine vertragsmäßige Erweiterung der gesetzlichen Haftungspflicht des Verkäufers oder die Uebernahme einer eigentlichen Bürgschaft liege, und es sei zuzugeben, daß in manchen Fällen die bewußte Eingehung einer Bürgschaft für den Gläubiger von Nutzen sein könne, wie denn die l. 11 pr. D. de duob. reis (45, 2) von reis promittendi sage, daß sie vice mutua fidejussores non inutiliter sich verpflichten können, was namentlich dann der Fall sei, wenn einer der Korrealschuldner in mora sei, wo dann die Verbürgung der übrigen Korrealschuldner für ihn dem Gläubiger deßhalb von Interesse sei, weil sie zwar nicht als Hauptschuldner, wohl aber als Nebenschuldner (Bürgen) für die mora jenes Hauptschuldners einzustehen haben.

Entscheidung des Obertribunals vom 22. Januar/9. Februar 1858 in der Appellationssache der Leihkasse Gauingen c. Mink.

In einem weiteren Falle, wo bei dem Verkaufe von Forderungen der Cedent und Verkäufer für den Eingang der Pachtgelder sich verbürgt hatte, wurde in den Entscheidungsgründen gesagt, daß der Cedent für die (entwährten) Pachtgeldsforderungen als solcher hafte und diese aus dem Rechtsverhältniß des Forderungskaufes entspringende Verpflichtung nicht dadurch zur blosen Bürgschaft werde, daß der Cedent sich für den Eingang der Pachtgelder auch noch verbürgt und damit eine über die gesetzliche Haftpflicht des Cedenten hinausgehende Verbindlichkeit übernommen habe.

Entscheidung des Obertribunals vom 8. April 1863 in der Appellationssache Herrmann c. Neudörffer.

Ebenso wurde in einer anderen Sache bemerkt, daß die Uebernahme einer Haftpflicht des Cedenten für den richtigen Eingang der cedirten Forderung nicht sowohl

unter den Gesichtspunkte einer Bürgschaft als vielmehr eines Gewährleistungsversprechens für die Güte der verkauften Forderung falle, worauf ebendaher auch die bezüglich der Interzessionen der Frauenspersonen geltenden Vorschriften keine Anwendung finden.

Entscheidung des Obertribunals vom 8. März 1867 in der Appellationssache Wegerle c. Berger.

In einem weiteren Falle wurde gesagt: Der Verkäufer einer Forderung haftet gesetzlich nur für die rechtliche Existenz, nicht aber auch für die Einbringlichkeit der Forderung. Uebernimmt er bei dem Verkaufe auch die Garantie für die letztere, so liegt hierin eine vertragsmäßige Ausdehnung der gesetzlichen Gewährleistungspflicht, auf deren Grund er nicht wie ein Bürge, als Nebenschuldner in fremdem Namen, sondern als Hauptschuldner, wenn auch nur bedingt, in eigenem Namen dem Käufer zu haften hat. Ein solcher Bestandtheil des das eigene Interesse des Verkäufers bezweckenden Kaufsgeschäftes kann daher weder als eine Bürgschaft, noch als eine sonstige Art der Interzession rechtlich aufgefaßt werden. [24]

Entscheidung des Obertribunals vom 9. März 1871 in der Berufungssache Bechler c. Pfau.

10) Liegenschaftsgesetz; Bezeichnung des Vertragsgegenstandes. [25]

Am 11. März 1869 schlossen der Müller Sch. und der Bäcker R. einen Vertrag dahin ab: „Die Unterzeichneten beabsichtigen, den von dem K. Kameralamt ausge-

[24] l. 4, 5 D. de her. v. a. vend. (18, 4); l. 74, §. 3 D. de evict. (21, 2); vergl. Windscheid, Pand., Bd. II, §. 336, Note 3, §. 397, Note 3; Schweppe, röm. Privatrecht, §. 437, S. 153, Note 6–8; Seuffert, Pand., §. 268, Ziff. 5 und §. 300; Koch, Recht der Forderungen, Bd. III, S. 876, Note 7, 8, S. 886, 887, 893; Seuffert, Archiv, Bd. XI, Nro. 62; Bd. XIII, Nr. 21; Bd. XX, Nro. 124.

[25] Vergl. dieses Archiv, Bd. III, S. 140 ff.; Bd. VI, S. 181 ff.

botenen Platz hinter ihren Wohn- und Nebengebäuden gemeinschaftlich zu erwerben und zwar so, daß Sch. der Käufer sein soll, sich aber verbindlich macht, dem R. 15—16 Schuh lang von dessen nördlicher Seite des Schopfes an auf die ganze Breite desselben von dem erworbenen Platze zu demselben Kaufpreise abzutreten, wie solcher vom Kameralamt erstanden wird." Den hier bezeichneten Platz hat Sch. unter Bürgschaft des R. von dem Kameralamt laut Vertrags vom 30. April 1869 um den Preis von 20 fl. pr. Ruthe gekauft, in der Folge aber dem R. die Erfüllung des Vertrages vom 11. März 1869 verweigert. Auf erhobene Klage des R. wandte der Bekl. Sch. unter Anderem ein, daß der Vertrag vom 11. März 1869 den Vorschriften des Liegenschaftsgesetzes über Bezeichnung des Kaufsgegenstandes nicht entspreche. Diese Einwendung wurde jedoch als ungegründet erkannt und es besagen dießfalls die Entscheidungsgründe des Obertribunals:

Bei Anwendung des Liegenschaftsgesetzes vom 23. Juni 1853, betreffend „die Beseitigung der bei Liegenschaftsveräußerungen oder insbesondere bei der Zerstückelung von Bauerngütern vorkommenden Mißbräuche," hat das Obertribunal in seinen Entscheidungen stets auf den schon in dieser Ueberschrift bezeichneten Grund und Zweck des Gesetzes besonders Gewicht gelegt. Durch dasselbe wollte die Sicherheit des Verkehres verstärkt, nicht aber gefährdet werden, wie Letzteres der Fall wäre, wenn jeder, auch der kleinste, und selbst bei besonderer Sorgfalt kaum zu vermeidende, Zweifel an der vollen Bestimmtheit des Wortlautes der Vertragsurkunde zur Vernichtung des Vertrages selbst mißbraucht werden dürfte.

In Anwendung dieses Grundsatzes erscheint in der Vertragsurkunde die Bezeichnung des Vertragsgegenstandes

---

Bd. VIII, S. 119 ff.; Bd. X, S. 434 f.; Bd. XII, S. 235 f.; Tafel, Civilrechtsspr., Bd. III, S. 255 ff.; Bd. V, S. 230 f.

genügend bestimmt durch die Worte: „15—16 Schuh lang von dessen nördlicher Seite des Schopfes an auf die ganze Breite desselben.“ Wie über die Lage des Grundstückes, von welchem der hier bezeichnete Theil abgegeben werden soll, keinerlei Ungewißheit besteht, so ist auch das abzugebende Stück durch die gewählte Bezeichnung nach Lage und Größe so genau bestimmt, daß der dem Kläger zuerkannte Flächeninhalt durch Vermessung unschwer auf's Genaueste ermittelt werden kann. Dies genügt zur Wahrung der Vorschriften des Liegenschaftsgesetzes, ohne daß weiter erforderlich war, den Flächeninhalt in die Vertragsurkunde selbst in Zahlen aufzunehmen. Das Vorbringen des Beklagten, es sei nicht festgesetzt, ob auch in östlicher, resp. nordöstlicher Richtung Platz habe abgetreten werden wollen, ist durch die oben angeführten Worte der Vertragsurkunde, welche jede Ungewißheit in dieser Beziehung ausschließen, widerlegt.

Entscheidung des Obertribunals vom 5. Dez. 1870 in der Berufungssache Schlayer c. Rieß.

11) Liegenschaftsgesetz; Bezeichnung des Kaufpreises.

In dem in der vorigen Nummer angeführten Falle war auch eingewendet worden, daß es an einer den Vorschriften des Liegenschaftsgesetzes entsprechenden Bezeichnung des Kaufpreises fehle. Auch dieser Einwand wurde als ungegründet verworfen und dießfalls bemerkt:

Der Art. 2 des Liegenschaftsgesetzes vom 23. Juni 1853 schreibt nicht vor, daß der Betrag des Kaufschillings in der Verkaufsurkunde in Zahlen ausgedrückt sein müsse; aus den Verhandlungen der gesetzgebenden Faktoren über diesen Artikel ergibt sich vielmehr, daß darin solche Bestandtheile des Vertrages als wesentlicher Inhalt der Urkunde bezeichnet werden sollten, ohne welche es an dem rechtlichen Bestande des Vertrages fehle. Eine Abänderung des bestehenden Rechtes hinsichtlich der wesentlichen Erfor-

dernisse der betreffenden Verträge war hiedurch in keiner Weise beabsichtigt. Daß die in der Vertragsurkunde enthaltene Bestimmung des Kaufpreises nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen unstatthaft sei, hat der Nichtigkeitskläger selbst nicht zu behaupten vermocht. Hienach erscheint auch nach den Normen des Liegenschaftsgesetzes der Kaufpreis durch die in der Vertragsurkunde enthaltene Verweisung auf den später zwischen dem Beklagten und dem Kameralamt abgeschlossenen Kaufvertrag, in welchem der Kaufpreis fest bestimmt ist, für das Verhältniß zwischen den Prozeßparteien genügend bestimmt.

Entscheidung des Obertribunals vom 5. Dez. 1870 in der Berufungssache Schlayer c. Rieß.

12) Liegenschaftsgesetz; Bezeichnung der Vertragschließenden in der Vertragsurkunde.[26]

In einem am 20. Mai 1870 in Stuttgart abgeschlossenen Kaufvertrage über einen Garten mit Wohnhaus war die Person des Käufers als „Herr . . . . Kolb aus Amerika" bezeichnet. Der Vertrag wurde als ungiltig angesprochen, weil diese Bezeichnung der Vorschrift des Gesetzes nicht entspreche, weil insbesondere nicht einmal der Vorname „Friedrich," der nachträglich eingesetzt wurde, zur Zeit der Unterzeichnung der Urkunde beigesetzt gewesen sei. Unbestritten war übrigens, daß der zur Zeit des Vertragsschlusses in Kanstatt wohnende aus Amerika zurückgekehrte Friedrich Kolb der Käufer war. Das Obertribunal erachtete die Einwendung gegen die Giltigkeit des Kaufvertrages nicht als gegründet und es besagen hierüber die Entscheidungsgründe:

Der Art. 2 lit. a des Liegenschaftsgesetzes vom 23. Juni 1853 verlangt nur, daß die Kaufsurkunde die Namen der Kontrahenten enthalte; daß der Vorname bei-

---

[26] Dieses Archiv, Bd. VI, S. 180 f.; Bd. X, S. 433 f.; Bd. XI, S. 156 ff.

gefügt werden müsse, ist im Gesetze nicht vorgeschrieben. Auch der Zweck desselben geht nicht weiter, als daß vollständige Gewißheit über die Personen hergestellt werden soll. Dieser Zweck wurde im vorliegenden Falle mit der Bezeichnung „Kolb aus Amerika" erreicht, da unter den konkreten Verhältnissen kein Zweifel darüber entstehen konnte und in Wirklichkeit auch nicht entstanden ist, welche Person unter dieser Bezeichnung verstanden werden wollte.

Entscheidung des Obertribunals vom 20. März 1871 in der Berufungssache Kolb c. Haufler.

13) Liegenschaftsgesetz; Unterzeichnung der Vertragsurkunde durch einen Bevollmächtigten.

Ein Liegenschaftskaufvertrag war seiten des Käufers von einem Sensal G., als angeblichem Bevollmächtigten des benannten Käufers, geschlossen, und es war die Vertragsurkunde vom 20. Mai 1870 auch von dem Sensal G. als Bevollmächtigten des Käufers unterzeichnet worden. Nachträglich am 23. Mai 1870 hatte dann aber auch der Käufer die Urkunde unterzeichnet. Gegen die Giltigkeit des Vertrages wurde nun eingewendet, daß Sensal G. in Wirklichkeit nicht Bevollmächtigter des Käufers gewesen und daher dem im Art. 1 des Liegenschaftsgesetzes vom 23. Juni 1853 vorgeschriebenen Erforderniß der Unterzeichnung der Urkunde durch die Kontrahenten oder deren Bevollmächtigte nicht Genüge geschehen sei, da unter den im Gesetze genannten Bevollmächtigten nur solche Personen gemeint sein können, welche schon zur Zeit des Vertrages bevollmächtigt seien. Dieser Einwand wurde nicht für gegründet erachtet und es besagen die Entscheidungsgründe des Obertribunals hierüber:

Das Liegenschaftsgesetz verlangt nirgends, daß der Nachweis der Bevollmächtigung aus der Urkunde selbst erhelle, dieselbe kann vielmehr sogar mündlich geschehen. Indem nun der in der Urkunde benannte Käufer den von

dem Sensal G. ausdrücklich in des Käufers Namen abgeschlossenen und mit Hervorhebung seiner Eigenschaft als eines Bevollmächtigten des Käufers* unterschriebenen Vertrag nachträglich unterzeichnete, genehmigte er in Ermangelung jedes thatsächlichen Anhaltspunktes für eine gegentheilige Absicht den von dem Sensal G. als seinem Stellvertreter abgeschlossenen Vertrag. Eine solche Genehmigung hat aber die Wirkung, daß die mangelnde Vollmacht des angeblichen Bevollmächtigten rückwärts ergänzt, daß die Sache so angesehen wird, als ob der Käufer von Anfang an dem Vertragsabschlusse des Sensals G. zugestimmt habe. [27]

Auf die Genehmigung des von einem Stellvertreter abgeschlossenen Vertrages finden so wenig als auf die Bevollmächtigung des den Vertrag schließenden Stellvertreters die Formvorschriften des Liegenschaftsgesetzes Anwendung; es ist daher unerheblich, daß der Unterschrift des Beklagten auf der Vertragsurkunde kein Datum beigesetzt ist.

Entscheidung des Obertribunals vom 20. März 1871 in der Berufungssache Kolb c. Haufler.

14) Die Formvorschriften für die Interzession von Frauenspersonen greifen auch Platz, wenn diese für ihre Interzession bezahlt worden sind.

a) Die l. 23 pr. und §. 1 Cod. ad Senatusconsultum Vell. (4, 29) bestimmt, daß die Berufung auf das Senatusconsultum Vellejanum dann wegfalle, wenn die Frau dafür, daß sie sich verbürgt, etwas empfangen habe. [28] Diese Bestimmung des römischen Rechtes findet

---

[27] Wächter, württ. Privatrecht, Bd. II, S. 741.

[28] Windscheid, Pand., Bd. II, S. 486, Ziff. 3, Note 3; Bangerow, Pand., 6. Aufl., Bd. III, §. 581, Anm. 1, Ziff. 1, S. 164, 165; Girtanner, Bürgschaft, S. 336.

nach württemb. Rechte keine Anwendung mehr. Denn der Art. 16 des Pfandentwickelungsgesetzes vom 21. Mai 1828 verordnet, daß jede nicht vor einer gerichtlichen Stelle geschehene Interzession einer Frauensperson, auch wenn solche eidlich bestätigt worden sein sollte, nichtig sei und von dieser Regel einzig bei Interzessionen der Handelsfrauen in Handelsangelegenheiten eine Ausnahme eintreten soll. Es sind also hiedurch die Bestimmungen des römischen Rechtes, wonach in gewissen Fällen eine nicht in gehöriger Form eingegangene Bürgschaft einer Frauensperson dennoch für dieselbe verbindlich war, mit einer einzigen Ausnahme aufgehoben und es kann bei dem bestimmten Ausspruch des Gesetzes, daß einzig mit der gedachten Ausnahme jede nicht öffentlich übernommene wirkliche Interzession nichtig sein soll, keinem Zweifel unterliegen, daß dieß auch auf den Fall Anwendung findet, wenn eine Frau für die Uebernahme einer Bürgschaft Etwas empfangen hat. [29]

Entscheidung des Obertribunals vom 3. Septbr. 1845 in der Appellationssache Hummel c. Stengel.

b) Dadurch, daß der Frau für die von ihr übernommene Interzession Sicherheit geleistet worden ist, wird an der Natur des Rechtsgeschäftes, der Uebernahme einer fremden Schuld, nichts geändert und es kommt die Bestimmung des Art. 6 des Pfandentwickelungsgesetzes zur Anwendung, wonach jede nicht vor einer gerichtlichen Stelle geschehene Interzession mit einer einzigen, hieher nicht bezüglichen, Ausnahme nichtig ist.

Entscheidung des Obertribunals vom 17. Nov. 1870 in der Berufungssache Hummel c. Kenngott.

---

[29] Vergl. Bolley, Kommentar, Bd. III, S. 1145, Nro. V und Note 15.

15) Zur Frage, ob Hauskinder Ersatz für Wart und Pflege der Eltern beanspruchen können.

Der vermögliche Ausdinger Georg Friedrich B. hatte sich seit Jahren in einem geistig sehr geschwächten und körperlich so herabgekommenen Zustande befunden, daß er besonderer Pflege und Abwartung bedurfte, indem ihm die Nahrung gereicht werden mußte und die natürlichen Ausscheidungen ohne den Willen des Kranken vor sich gingen. Eine seiner Töchter, welche seit dem Tode seiner Ehefrau die Haushaltung geführt, hatte bis zu seinem Tode auch die Verpflegung ihres Vaters besorgt und verlangte nun hiefür nach dem Tode des Vaters eine Belohnung von ihren Geschwistern, als den Miterben des Vaters, indem sie geltend machte, daß sie ihrem Vater außergewöhnliche Dienste höchst unangenehmer Art geleistet habe, für welche andernfalls die Aufstellung eines besondern Wärters erforderlich gewesen wäre. Dieser Anspruch wurde nicht für gegründet erkannt und in den Entscheidungsgründen des Obertribunals dießfalls ausgeführt:

Wie man auch die Frage beantworten möge, ob Hauskinder für rechtlich verpflichtet erkannt werden können, den Eltern auch solche Dienste, wofür sonst ein Lohn bezahlt zu werden pflegt, unentgeltlich zu leisten, so gilt doch jedenfalls im Verhältnisse zwischen Eltern und Kindern der von dem Obertribunal insbesondere bei Alimentenreichung seiten der Kinder an die Eltern stets anerkannte Satz, daß, wenn solche freiwillig geleistet worden, eine Vergütung nur gefordert werden kann, wenn bei der Leistung die Absicht unzweideutig zu erkennen gegeben worden oder aus den Umständen zu entnehmen ist, Vergütung oder Ersatz dafür beanspruchen zu wollen.[30] Dieß muß ins-

[30] Entsch. des Obertribunals vom 5. April 1834 in Sachen Rank c. Schwarz; vom 20. Mai 1846 in Sachen Griesler c. Kapp; vom 15. März 1848 in Sachen Stähle c. Springer; vom 10. No-

besondere auch gelten, wo es sich um die Wart und Pflege der Eltern seiten der Kinder handelt, da diese als eine moralische Liebespflicht der Kinder erscheint und daher im Zweifel und solange aus den Umständen nicht das Gegentheil erhellt, angenommen werden muß, daß nur jene Pflicht habe erfüllt werden wollen. — cst. 11, 13, 15 Cod de neg. gest. (2, 29) —.

Solche Umstände, aus welchen erhellen würde, daß die Klägerin ihren Vater in der Absicht, einen Lohn dafür zu beanspruchen, verpflegt habe, liegen aber hier nicht vor. Denn wenn auch die Dienste, welche die Klägerin in Verpflegung und Abwartung ihres körperlich und geistig herabgekommenen Vaters geleistet haben will, ungewöhnlicher und unangenehmer Art waren, so folgt daraus noch keineswegs, daß die Klägerin sich diesen Diensten nicht demungeachtet aus Kindespflicht unterzogen und sich verpflichtet gefühlt habe, ihren hilfsbedürftigen Vater selbst zu verpflegen, anstatt diese Pflege Fremden gegen Lohn zu überlassen. Die Klägerin hätte daher, wenn sie auf Belohnung für ihre Dienste hätte Anspruch machen wollen, diese ihre Absicht zu erkennen geben müssen.

(In der weiteren Ausführung wurde gezeigt, daß die Klägerin für einen Theil der Zeit selbst nicht behauptet habe, daß eine solche Absicht von ihr zu erkennen gegeben worden, soweit aber eine solche Behauptung vorliege, es an dem erforderlichen Beweise fehle).

Entscheidung des Obertribunals vom 24. April 1871 in der Berufungssache Stähle c. Büchler.

16) Aestimatorische Injurienklage wegen leichtsinniger Denunciation bei der Obrigkeit.

Der Fabrikant M., auf der Durchreise nach Baden begriffen, wurde auf dem Bahnhofe in Stuttgart von einem

---

vember 1852 in Sachen Reich c. Pfenig; vom 20. März 1857 in Sachen Spengler c. Müller; vom 7. Dezember 1858 in Sachen Frech c. Räzle; vom 11. Dezember 1860 in Sachen Kurz c. Merkle.

andern dort Anwesenden, dem Bierbrauer Z., erblickt, welcher in ihm eine Person zu erkennen glaubte, die einige Wochen vorher bei Z. sich fälschlicher Weise für den Bierbrauer Sch. von Frankenthal ausgegeben und unter diesem Namen eine Parthie Malz von Z. gekauft und empfangen und ihn um den Kaufpreis von 300 Gulden betrogen haben soll. Z. theilte seine Entdeckung, um die Verhaftung des Fremden zu bewirken, einem in der Nähe befindlichen Polizeisoldaten mit, durch welchen dann M., als er eben im Begriffe war, mit dem bereit stehenden Zuge seine Reise fortzusetzen, festgenommen und auf das Stadtpolizeiamt geführt wurde. Auch hier wiederholte Z. vor dem anwesenden Polizeikommissär, daß er in M. Denjenigen erkenne, welcher den Betrug an ihm verübt habe. Nachher stellte sich jedoch die völlige Grundlosigkeit des Verdachtes heraus und es erhob nun M. eine ästimatorische Injurienklage in Verbindung mit einer Schadensersatzklage gegen Z. Letztere Klage wurde als begründet erkannt, die ästimatorische Klage dagegen abgewiesen aus folgenden Gründen:

Die ästimatorische Injurienklage wird nach Art. 17 des Gesetzes vom 5. Sept. 1839 nur durch ein solches Vergehen begründet, welches unter den Begriff der Ehrenkränkung oder Verläumdung im Sinne der Art. 283—294 des Strafgesetzbuches fällt.[31] Ein solches Vergehen des Beklagten liegt aber nicht vor.

Nach Art. 289 Abs. 2 des Strafgesetzbuches unterliegen Diejenigen keiner Bestrafung, welche bei der Obrigkeit von Vergehungen Anzeige gemacht haben. Da nun die Handlung des Beklagten nur darin besteht, daß er von dem an ihm verübten Betruge und von der vermeintlichen Entdeckung des Thäters in der Person des Beklagten, um dessen Festnahme zu bewirken, zunächst dem Polizeisoldaten und sodann auf dem Stadtpolizeiamte dem

[31] Württ. Archiv Bd. IX, S. 447 ff.

Polizeikommissär Mittheilung machte, und da auch ein Diener der Polizei, welcher als solcher zur vorläufigen Festnahme eines Verdächtigen gesetzlich befugt ist (Art. 78, Ziff. 1 der Strafprozeßordnung) zu denjenigen Personen gehört, welche unter der „Obrigkeit" des Art. 289, Abs. 2 des Strafgesetzbuches zu verstehen sind,[32] so liegt nur der Fall einer bei der Obrigkeit gemachten Anzeige vor, und es fällt dem Beklagten keine strafbare Handlung zur Last, da der Kläger nicht einmal behauptet, daß der Beklagte wissentlich die Unwahrheit ausgesagt habe.

Die Ansicht, daß durch die Bestimmung des Art. 289, Abs. 2 die Bestrafung leichtsinniger Denunziationen bei der Obrigkeit nicht ausgeschlossen sei, steht mit dem klaren Wortlaut des Gesetzes im Widerspruch und wurde auch von dem Obertribunal stets für unrichtig erachtet.[33]

Für die angeblich verletzende Form der Verhaftung aber ist, wenn darin je eine Ehrenkränkung im Sinne des Strafgesetzbuches gefunden werden könnte (und nur eine solche käme überhaupt in Betracht), nicht der Beklagte verantwortlich, da nicht der Beklagte, sondern der Polizeisoldat es war, welcher die Verhaftung vorgenommen und ausgeführt hat.

Entscheidung des Obertribunals vom 26. November 1870 in der Berufungssache Müller c. Zöppritz.

17) Recht des außerehelichen Vaters zur persönlichen Verpflegung und Erziehung des Kindes.

Während das römische Recht beim unehelichen Kinde (spurius) keinen Vater und kein Alimentations- oder Erbrecht des unehelichen Kindes gegen einen solchen kennt, hat das württ. Landrecht die uneheliche Vaterschaft, sowie

---

[32] Hufnagel, Kommentar, Bd. II, S. 213.

[33] Hufnagel, a. a. O., Bd. II, S. 203, 946, Bd. III, S. 685; derselbe, das Strafgesetzbuch mit Anmerkungen, S. 273.

einen Alimentationsanspruch und ein beschränktes Erbrecht des unehelichen Kindes gegen seinen Vater anerkannt; und zwar bezeichnet das Landrecht die Alimentationsverbindlichkeit des unehelichen Vaters in Thl. IV, Tit. 18, §. 2 als die Pflicht, das Kind „zu ernähren und zu erziehen" und bestimmt hierüber in §. 4 a. a. O. näher, daß „da zu Zeiten die Väter sich unterstehen, der Unterhaltung und Auferziehung ihrer unehelichen Kinder sich zu entladen und selbige den Müttern durch sondere Verträg oder Vergleichungen gegen Reichung eines benannten Gelds aufzulegen", solche Verträge nur dann giltig sein sollen, wenn sie den Bedürfnissen und Vermögensverhältnissen entsprechen.

Mit dieser Bestimmung wollte vom Landrecht unzweifelhaft als gesetzliche Regel anerkannt und vorgeschrieben werden, daß der Vater das uneheliche Kind in erster Linie persönlich in Verpflegung und Erziehung zu nehmen verpflichtet, demnach also auch befugt sein solle, es zu diesem Zwecke bei sich zu haben und daß die Ueberlassung des Kindes an die Mutter mittelst einer Geldleistung erst in zweiter Linie komme und an die Zustimmung des Vaters gebunden sein soll, in welchem Sinne denn auch Griesinger[34] die Auferziehung des Kindes bei dem Vater durch das Landrecht in den Willen des letzteren gestellt findet. Obgleich die Anwendung dieser Regel sich mit Rücksicht auf die Beschaffenheit der konkreten Verhältnisse des Vaters und auf das Wohl des Kindes im einzelnen Falle oft nicht ausführbar erweist, so hat doch auch das Gesetz vom 5. Sept. 1839 im Art. 28 nach der Fassung dieses Artikels und nach den Motiven zu demselben für beiderlei Arten von Leistung des pflichtigen Vaters, sei es in Natur, sei es in Geld, die Berechtigung offen gelassen. Die Motive zu diesem Artikel besagen nämlich:

[34] In seinem Kommentar Bd. IX, S. 847.

„Die Regel: — wer ein Kind auf seine Kosten zu ernähren verbunden ist, kann auch verlangen, daß ihm die Erziehung desselben überlassen werde, — ist so natürlich, daß sie wohl der Aufnahme in den Artikel nicht bedarf; sie wird bei uns auch in der Praxis befolgt. Die Praxis erkennt auch an, daß in der Regel in den ersten Jahren die Erziehung der Mutter zu überlassen, daß überhaupt in dem einzelnen Falle die Bestimmung hierüber nach den besondern Umständen, namentlich nach den Verhältnissen der Eltern, dem vernünftigen Ermessen des Richters anheimzugeben sei. Häufig mag es zwar richtig sein, daß man bei einem unehelichen Kinde mehr auf der Mutter als auf des Vaters Sorgfalt rechnen kann, und wahr ist, daß ein solches Kind in jenem Alter, in welchem es der Ausbildung des Mannes hauptsächlich bedürfte, gewöhnlich schon aus der elterlichen Versorgung austritt. Dies berechtigt aber doch nicht, jenen natürlichen Grundsatz auch da fallen zu lassen, wo nach richterlichem Ermessen an der erforderlichen Sorgfalt für das Kind nicht zu zweifeln ist."

Da diese Auslassung der Motive bei Annahme des Art. 28 des Gesetzes von den beiden ständischen Kammern in keiner Weise beanstandet wurde, so hat man die Fortdauer der Zulassung der Naturalverpflegung durch den Vater anzunehmen.[35] Hiemit stimmt die Praxis der württ. Gerichte überein, wie schon in den vorerwähnten Regierungsmotiven ausdrücklich bezeugt und von den niederen und höheren Gerichten des Landes, einschließlich des Obertribunals, bestätigt ist.[36] Hiernach kann das Erbieten

---

[35] Verh. der K. d. Abg. v J. 1838, Bd. XII, S. 202; abgedr. bei Hufnagel, Mittheil., Bd. I, S. 549.

[36] Kapff, merkw. Civilrechtssprüche, S. 262; Hufnagel, Mittheil., Bd. I, S. 540—550; Tafel, Civilrechtssprüche, Bd. IV, S. 1, S. 7—8; Urtheil des Obertribunals vom 18. Juni 1835 in Sachen Hettinger c. Stöffler und vom 15. Juni 1867 in S. Wieland c. Sautter u. Gen.

des unehelichen Vaters, auch wider den Willen der Mutter das Kind zu sich zu nehmen, um sich von Zahlung der Alimentengelder an jene zu befreien, nicht zurückgewiesen werden, wenn nach den Umständen des Falles das Wohl des Kindes hiedurch nicht gefährdet erscheint.

Entscheidung des Obertribunals vom 4. Januar 1871 in der Appellationssache Weitzel u. Gen. c. Mugele.

18) Von den Folgen der Nichtbeobachtung der bei successorischen Eheverträgen vorgeschriebenen Förmlichkeiten.

Geht man auch davon aus (was dahin gestellt gestellt gelassen wurde) daß die Nichtbeobachtung der Vorschrift des Landrechtes Thl. III, Tit. 8, §. 3, Satz 3, wonach zu der Errichtung eines successorischen Ehevertrages für den Fall, daß Kinder aus vorgehender Ehe vorhanden sind, neben den in Satz 2 erwähnten Zeugen die Vormünder und drei Verwandte der genannten Kinder zugezogen werden sollen, Einfluß auf die Rechtsgiltigkeit eines solchen Vertrages habe, so kann die Ungiltigkeit des Vertrages doch jedenfalls nur von den Kindern aus vorhergehender Ehe geltend gemacht werden. Jene Bestimmung des Landrechtes hat nämlich unzweifelhaft blos den Zweck, das Interesse gedachter Kinder zu wahren. Dieß geht sowohl daraus hervor, daß die Vormünder und „der Sachenverständige" Verwandte, also die zur Vertretung jenes Interesses vermöge Gesetzes, beziehungsweise vermöge ihrer Kenntniß von den Verhältnissen jener Kinder berufenen Personen beigezogen werden sollen, als auch aus der ausdrücklichen Anordnung der angeführten Landrechtsstelle „es sei dabei in allweg dahin zu sehen, daß die Kinder aus vorgehender Ehe nicht vernachtheiligt werden." Es kann daher nicht angenommen werden, daß einer der kontrahirenden Ehegatten sich auf obige, lediglich zu Gunsten dritter Personen getroffene Gesetzesbestimmung berufen

darf. Dieser Ansicht stehen auch die Vorarbeiten zum Landrechte nicht entgegen. Die Relation von Haug sagt, es sei nach den Bestimmungen des zweiten Landrechtes bestritten gewesen, ob eine Eheberedung, bei welcher nur 2 oder 3 Zeugen und keine Verwandten anwesend gewesen, nichtig sei. Haug schlägt deßhalb, weil die nächsten Verwandten nicht immer dabei sein könnten und die Erweisung des Vertrages durch zwei ehrbare Männer genügend sei, vor, zu verordnen, daß eine in Gegenwart von vier Verwandten oder andern ehrbaren Personen getroffene Eheberedung gehalten werden solle.[37] Hienach wird von Haug überhaupt nur die Zuziehung von Zeugen erfordert.

Die Relation von Eisengrein dagegen, welche gleichfalls erwähnt, daß auf Grund des zweiten Landrechtes von Einigen angenommen worden sei, es sei beim Abschluß von succesforischen Eheverträgen die Anwesenheit von Zeugen und Verwandten nothwendig, von Andern aber, es seien nicht einmal Zeugen zuzuziehen, beantragt zur Hebung dieser Zweifel, daß auf Seiten jedes Ehegatten zwei Zeugen, und wenn Kinder aus vorgehender Ehe vorhanden seien, zwei sachverständige Verwandte anwohnen sollen.[38]

Allein hieraus läßt sich so wenig, als aus der jetzigen Fassung des Landrechtes Thl. III, Tit. 8, §. 3 entnehmen, daß die Nichtzuziehung von Vormündern und Verwandten der Kinder aus vorgehender Ehe auch einen der pazisizirenden Ehegatten zur Anfechtung des Vertrages berechtige.

Uebereinstimmend hiemit hat sich das Obertribunal schon in einer füheren Entscheidung ausgesprochen.[39]

Entscheidung des Obertribunals vom 29. Novbr. 1870 in der Appellationssache Uhl c. Miller.

---

[37] Landrechtsakten, S. 246, 247.
[38] Ebendaselbst S. 352, 353, 356.
[39] Tafel, Civilrechtssprüche Bd. II, S. 87.

19) Die Privationsstrafe erstreckt sich nicht auf eine Pension des schuldigen Theils.

Eine Ehe war wegen Ehebruchs des Ehemannes geschieden worden. Letzterer, ein Staatsdiener, war während der Dauer der Ehe pensionirt worden und es betrug die ihm ausgesetzte Pension jährlich 940 fl. Die unschuldige Ehefrau forderte nun nach erfolgter Scheidung den vierten Theil dieser Pension als Privationsstrafe und verlangte in erster Linie, daß der Beklagte schuldig sei, ihr von seiner Pension jährlich den vierten Theil zu bezahlen, eventuell, daß er zur Bezahlung des vierten Theiles derjenigen Summe verurtheilt werde, auf welche nach der, von der Zeit der Scheidung aus, wahrscheinlichen Lebensdauer des Ehemannes der damalige Werth seiner Pension sich berechne. Diese Klage wurde abgewiesen und es besagen die Gründe des Obertribunals:

Nach gemeinem Rechte ist es eine Folge der Ehescheidung, daß im Falle der nicht dotirten Ehe (wenn keine dos oder donatio propter nuptias bestellt worden war) der schuldige Ehegatte den vierten Theil seines Vermögens an den unschuldigen verliert.[40] Im Anschluß an diesen gemeinrechtlichen Satz bestimmt das Landrecht Thl. II, Tit. 32, §. 2, daß „das hingeloffene oder ehebrüchige schuldige und geschiedene Ehegemächt den vierten Theil aller seiner damals (zur Zeit der Scheidung) pleno jure gehabten Güter, nichts davon ausgenommen, verwirkt haben und solcher vierte Theil dem unschuldigen Ehegemächt zugestellt und eingeräumt werden soll." (Vergl. Landesordnung Tit. 94, §. 10). Unter den „pleno jure" (auch „vollkommenlich") gehabten Gütern versteht das Landrecht diejenigen, welche ein Ehegatte „sowohl mit Nutzen als dem Eigenthum erlangt gehabt"; sie bilden den Gegensatz sowohl zu

[40] l. 11, §. 1 Cod. de repudiis (5, 17) cf. Nov. 22, 18, 117, cap. 5.

den hinterfälligen Gütern d. h. den dem Ehegatten zwar eigenthümlich angefallenen, aber noch in der Nutznießung Anderer stehenden Gütern, als auch zu den im Eigenthum Anderer und nur in der Nutznießung des Ehegatten stehenden Gütern (Landrecht Thl. IV, Tit. 15, vergl. Thl. IV, Tit. 5, 6, 7, 8 je §. 2, 3, 4).

Zur Berechnung des dem unschuldigen Ehegatten zufallenden vierten Theiles des Vermögens des Schuldigen ist vor Allem erforderlich, daß das gesammte Vermögen beider Ehegatten auf den Zeitpunkt der Scheidung, mit welchem die eheliche Gesellschaft aufhört, abgetheilt wird. Diese Abtheilung hat bei der Auflösung der Ehe durch Scheidung, wie bei der Auflösung der Ehe durch den Tod nach den der Art des bestandenen ehelichen Güterverhältnisses entsprechenden Grundsätzen zu geschehen. Bei bestandener Errungenschaftsgesellschaft wird also jedem Ehegatten sein Beibringen und die Hälfte der Errungenschaft zugeschieden und von dem (auf Geld reduzirten) Betrage des hienach dem unschuldigen Gatten zuzuscheidenden reinen Vermögens, mit Ausschluß jedoch des etwa darunter begriffenen hinterfälligen Vermögens, ist es der vierte Theil, welchen der unschuldige Gatte als die ihm zu entrichtende Scheidungsstrafe anzusprechen hat.

Das Recht des Beklagten auf den Bezug seiner jährlichen Pension ist zwar ein schon zur Zeit der Scheidung erworben gewesenes Vermögensrecht des Beklagten, die erst nach der Scheidung verfallenen und künftigen Pensionsraten sind nur die Ausflüsse jenes zur Zeit der Scheidung bereits erworben Rechtes, sie wurden und werden kraft eines nicht erst mit der Verfallzeit entstehenden, sondern schon mit dem Zeitpunkte der Pensionirung begründeten (wenn auch vor dem Verfall nur bedingt existirenden) Rechtes bezogen. [41]

---

[41] Vergl. Württ. Archiv, Bd. VI, S. 317—319.

Allein nicht dieser, sondern ein anderer Gesichtspunkt ist hier der entscheidende.

Das Recht des Pensionirten auf den Bezug seiner Pension ist an sich ein höchst persönliches Recht, d. h. ein an die Person des Berechtigten gebundenes, also nicht vererbliches und (wenigstens der Substanz nach) nicht veräußerliches Recht, und nur in Beziehung auf die wirklich verfallenen Pensionsraten entstehen vererbliche und veräußerliche Forderungsrechte.[42] Zum Vermögen einer Person aber (Gut, Güter, alle Hab und Güter" nach der Sprache des Landrechtes) werden, wo dasselbe als ein Ganzes rechtlich in Betracht kommt, regelmäßig nur die vererblichen und veräußerlichen Vermögensrechte gerechnet. Dieß trifft insbesondere bei dem ehelichen Güterverhältniß zu. Bei der allgemeinen Gütergemeinschaft, welche sich auf das ganze Vermögen beider Gatten erstreckt, fallen gleichwohl die der Substanz nach von der Person des Berechtigten nicht trennbaren Vermögensrechte ihrer Substanz nach nicht in die Gemeinschaft (wie dieß auch rechtlich nicht anders möglich ist) und auch bei der Errungenschaftsgesellschaft werden solche Vermögensrechte nicht ihrer Substanz nach, sondern es werden nur ihre bei dem Beginne der Gesellschaft bereits erwachsenen Erträgnisse als zum beigebrachten Vermögen des Berechtigten gehörig behandelt. Für die Berechnung des von dem schuldigen Gatten verwirkten Vermögensviertheils aber ist gerade derjenige Vermögensbegriff, welcher dem ehelichen Güterrechte zu Grunde liegt, maßgebend. Das Vermögensviertheil besteht bei der allgemeinen Gütergemeinschaft im vierten Theile von der dem schuldigen Gatten zufallenden Hälfte des gemeinschaftlichen ehelichen Vermögens, bei der Errungenschaftsgesellschaft im vierten Theile von dem bei der Gesellschaftstheilung sich ergebenden, aus seinem Beibringen und seiner

---

[42] Vergl. Wächter, württembergisches Privatrecht, Bd. II, S. 322.

Errungenschaftshälfte zusammengesetzten Vermögen des Schuldigen.

Uebrigens ergibt sich schon daraus, daß die den Schuldigen treffende Strafe in der Entziehung einer Quote seines Vermögens besteht, die rechtliche Folge, daß solche einzelne Vermögensrechte, welche der Substanz nach an seine Person gebunden sind, also der Substanz nach ihm nicht entzogen werden können, der Substanz nach auch nicht in dasjenige Vermögen eingerechnet werden, von dessen Betrag ihm eine Quote zur Strafe entzogen werden soll.

Demgemäß ist die Pension des Beklagten, soweit sie zur Zeit der Scheidung nicht bereits verfallen war, kein der Privationsstrafe unterworfener Vermögenstheil.

Entscheidung des Obertribunals vom 23. Februar 1871 in der Berufungssache Hintrager c. Feuerbach.

Bei der Berathung wurde hiezu noch bemerkt, daß zu demselben Ergebniß auch die nähere Betrachtung der landrechtlichen Bestimmung führe, daß das Viertheil nur aus den (zur Zeit der Scheidung) pleno jure gehabten Gütern des Schuldigen, also weder aus den blos nutznießlichen, noch aus den blos eigenthümlichen Gütern berechnet werden solle. Die Ausschließung der blos nutznießlichen Güter sei ohne Zweifel so zu verstehen, daß nicht nur das den Gegenstand der Nutznießung des Gatten bildende fremde Vermögen selbst, sondern daß auch das dem Gatten zustehende Nutznießungsrecht an sich (soweit nämlich die Erträgnisse nicht bereits pleno jure erworben seien) außer Berechnung bleiben solle. Sei aber dieß der Fall, so könne der Grund der Ausschließung des dem Gatten zustehenden Nutznießungsrechtes nur in der Natur dieses Rechtes als eines höchst persönlichen Rechtes gefunden werden. Was sodann die blos eigenthümlichen, d. h. die hinterfälligen Güter betreffe, so werde der Grund ihrer Ausschließung darin zu suchen sein, daß auf sie das Erbrecht des überlebenden Gatten nicht in allen Fällen, sondern nur unter

gewissen Voraussetzungen sich erstrecke.[43] Der landrechtlichen Bestimmung scheine daher der Gedanke zu Grunde zu liegen, daß die Privationsstrafe nur aus demjenigen Vermögen des schuldigen Gatten zu berechnen sei, von welchem der unschuldige Gatte, wenn die Ehe, anstatt durch Scheidung, durch den Tod des Schuldigen aufgelöst worden wäre, in allen Fällen ein gesetzliches Erbrecht gehabt hätte,[44] und auch dieser Gedanke führte zu dem Ergebniß, daß die nach dem Tode erlöschenden Vermögensrechte nicht in Berechnung zu nehmen seien.

Entscheidung des Obertribunals vom 23. Februar 1871 in der Berufungssache H. c. F.

20) Die Pflicht des Ehemannes zur Alimentation der von ihm faktisch getrennten Ehefrau.

Es folgt aus dem Wesen und Zwecke der Ehe, sowie aus gesetzlichen Bestimmungen, daß die Ehefrau verbunden ist, bei dem Manne zu wohnen. Diese Verbindlichkeit der Frau entspricht der Pflicht des Ehemannes, jene bei sich aufzunehmen und ihr einen seinem Stande und Vermögen angemessenen Unterhalt zu gewähren.[45] Dieser seiner Verbindlichkeit kann sich der Ehemann durch die rechtswidrige Weigerung, seine Ehefrau bei sich aufzunehmen, nicht entziehen, vielmehr kann diese Weigerung nur die Wirkung haben, daß er, an der Stelle der Lebensversorgung, welche die Ehefrau bei dem Zusammenleben im gemeinen Haushalt mit ihm gefunden haben würde, derselben die nöthigen Mittel zu Bestreitung ihrer Lebensbedürfnisse in ihrer durch seine Weigerung herbeigeführten Absonderung von ihm zu gewähren schuldig ist.[46]

Entscheidung des Obertribunals vom 8. Mai 1857 in der Appellationssache Rohr c. Rohr; vom 17. Sept. 1858 in der Appellationssache Mühleisen c. Mühleisen; vom 23. Febr. 1859 in der Appellationssache Pfister c. Pfister.

[43] Weishaar, württ. Privatrecht, Bd. I, §. 185; Reyscher württ. Privatrecht, Bd. III, §. 579.

[44] Vgl. Ortloff, jur. Abh., Bd. II, S. 8, 59.

[45] Vergl. auch Sarwey, Monatschrift, Bd. VII S. 103, 104.

[46] Ebendaselbst S. 105.

Aus welchem Grunde der Ehemann seine Ehefrau aus dem Hause gewiesen hat, oder sie nicht wieder aufnehmen will, ist für die Alimentationsfrage unerheblich, und es wird der Ehemann seiner Alimentationspflicht nicht entledigt, wenn auch Gründe vorliegen, welche ihn berechtigen, Trennung der Ehe zu verlangen.

Entscheidung des Obertribunals vom 2. März 1860 in der Appellationssache Botzenhardt c. Botzenhardt.

Denn so lange die Ehe besteht, ist der Ehemann verbunden, seine Ehefrau bei sich aufzunehmen und ihr standesgemäßen Unterhalt zu gewähren und er wird von letzterer Verbindlichkeit nur befreit, wenn die Frau es ist, welche ohne gerechten Grund den Ehemann verlassen hat und zu ihm zurückzukehren sich weigert. In Entscheidungsgründen des Obertribunals wurde dießfalls bemerkt:

Der Beklagte (Ehemann) weigert sich nicht nur, die Klägerin, seine Ehefrau, welche in Folge von Ehehändeln sich von ihm getrennt hat, wieder aufzunehmen, sondern glaubt auch, der Pflicht, ihr Alimente zu reichen, dadurch enthoben zu sein, daß er gerechte Ursache zu der gedachten Weigerung insofern habe, als die Klägerin ihn thätlich mißhandelt, ihn bestohlen, sowie auch die eheliche Treue gebrochen habe. So lange aber die Ehe besteht, ist der Ehemann verbunden, seiner Ehefrau standesgemäßen Unterhalt zu gewähreu, und er ist hievon nur befreit, wenn ihn die Frau ohne Grund verlassen, somit das Aufhören ihrer Alimentation durch den Mann sich selbst zuzuschreiben hat. Daraus, daß die Frau, wenn sie mit Grund die häusliche Gemeinschaft auflöst, Alimente von ihrem Manne verlangen kann, folgt nicht, daß, wenn die Frau dem Ehemann Grund zur Beschwerde gibt, der Mann nun berechtigt wäre, die Frau zu verstoßen oder ihr die Wiederaufnahme zu verweigern, ohne ihr Alimente zu reichen.

Entscheidung des Obertribunals vom 19. Febr. 1868 in der Appellationssache Burkhardt c. Burkhardt.

Weigert sich dagegen die Ehefrau ohne zureichende Gründe, die ihr gesetzlich obliegende Verbindlichkeit des

Zusammenlebens mit ihrem Ehemanne zu erfüllen, verläßt sie die gemeinschaftliche Wohnung und weigert sie sich, zu dem Ehemanne zurückzukehren, so muß nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Mann befugt sein, ihr während der eigenmächtigen Trennung den Unterhalt zu verweigern. Denn kein Gesetz legt ihm eine unbeschränkte Verbindlichkeit auf, die Frau, und sei es auch außerhalb der gemeinschaftlichen Wohnung, zu alimentiren.

Entscheidung des Obertribunals vom 14. August 1840 in der Appellationssache Riehle c. Riehle.

Es ist daher, wenn die Ehefrau den Ehemann einseitig verlassen hat und getrennt von demselben lebt, nach konstantem Gerichtsgebrauche und nach den analogisch anzuwendenden Bestimmungen der Ehegerichtsordnung, Kap. X, §. 1, S. 90, wonach bei einer Scheidung zu Tisch und Bett der wirklich, nicht blos formell schuldige Theil den [47] unschuldigen nach richterlichem Erkenntniß alimentiren soll, sowie des Landrechtes, Thl. II, Tit. 32, §. 1, wo, freilich zunächst in anderer Beziehung, unterschieden wird, ob redliche Ursachen der Trennung vorliegen oder nicht, der Ehemann nur alsdann (Nothfälle ausgenommen) seiner Ehefrau Alimente zu reichen verbunden, wenn dieser nach den Worten des Landrechtes „redliche Ursachen" ihrer Entfernung zur Seite stehen, wenn sie gerechte Ursache und Anlaß zur Trennung von ihrem Ehemanne hat. [48]

Entscheidung des Obertribunals vom 14. August 1840 in der Appellationssache Riehle c. Riehle; vom 12. Januar 1859 in der Appellationssache Obermeyer c. Obermeyer; vom 30. April 1860 in der Appellationssache Wittich c. Wittich; vom 12. April 1861 in der Appellationssache Kälber c. Kälber; vom 21. Juni 1861 in der Appellationssache Böpple c. Böpple; vom 18. Sept. 1863 in der Appellationssache Grieb c. Grieb; vom 26. Juni 1865 in der Appellationssache Wiedmaier c. Wiedmaier; vom 5. März 1867 in der Appellationssache Treiber c. Treiber.

[47] Entscheidung des Obertribunals vom 21. Juli 1831 in der Appellationssache Keller c. Keller; vom 31. Januar 1839 in der Appellationssache Fochtenberger c. Fochtenberger. Sarwey, Monatschrift, Bd. XIV, S. 47.

[48] Consil. Tub. Vol. VIII, cons. 71, §. 34, 35: „Quod ma-

Die Beurtheilung, ob in einem gegebenen Falle die Ehefrau aus redlichen Ursachen ihren Ehemann verlassen habe, ist Sache des richterlichen Ermessens und der Civilrichter ist hierin von der Ansicht des Eherichters unabhängig.[49] Es ist dem Civilrichter anheimgegeben, unabhängig von dem ehegerichtlichen Verfahren zu beurtheilen und nach den Umständen zu ermessen, welche civilrechtliche Folgen an einer Trennung der Ehefrau von ihrem Manne sich knüpfen.

Entscheidung des Obertribunals vom 31. Januar 1831 in der Appellationssache Fochtenberger c. Fochtenberger; vom 9. Nov. 1842 in der Appellationssache Römmele c. Römmele; vom 19. Mai 1857 in der Appellationssache Bihler c. Bihler.

Geht man in Betreff der Frage, ob der Ehefrau genügende Gründe zur Entfernung von ihrem Ehemanne zur Seite stehen, auf die gesetzlichen Bestimmungen hierüber zurück, so finden sich als Gründe, aus denen nach dem kanonischen Rechte eine lebenslängliche Sonderung der Ehegatten verlangt werden kann, der Ehebruch und als

---

ritus uxori propria culpa et temeritate absenti et extra domum moranti, alimenta praestare haud teneatur communis docet schola Doctorum . . . quia debet uxor esse in obsequio viri atque illi servire, et principaliter alit maritus eam, propter obsequia, quae praestantur ab uxore: at, si discendo vel propter absentiam vituperabilem et non necessariam non servit, non est alenda, quia, quae non facit, quod debet, non recipit, quod oportet, et se indignam reddit.“ Schöpf, diss. de alimentat. uxor. thes. VIII; „Uxor, quae in obsequio mariti non est, sed culpa mariti, ob ejus saevitiam, vel verbera expulsa inque aliam domum secessa, nihilo minus a marito est alenda . . . nec enim justitiae convenit, facto proprio culposo se ab alendi obligatione velle liberare.“ Hofacker, princ. jur. rom. §. 414, Note e; Sarwey, Monatschrift, Bd. VII, S. 107; Bd. XIV, S. 51; Tafel, Civilrechtsspr., Bd. I, S. 234; Bd. III, S. 207; Lang, Handbuch des württ. Personen-, Familien- und Vormundschaftsrechtes, §. 71, S. 362, 363.

[49] Griesinger, Kommentar zum Landrecht, Bd. IV, S. 1226, Note i; Sarwey, Monatschrift, Bd. VII, S. 107.

Gründe für eine zeitliche Sonderung ſchwere Mißhandlungen, ſowie eine zu beſorgende Gefahr für das Seelenheil. [50] Jedoch werden nach der Praxis analog auch andere Gründe für zuläſſig erachtet, um eine ſolche Trennung zu rechtfertigen, Gründe, welche, wie Glück ſich ausdrückt, „das Zuſammenleben nicht blos läſtig, ſondern unerträglich machen." [51]

Entſcheidung des Obertribunals vom 9. Nov. 1842 in der Appellationsſache Römmele c. Römmele.

Eine gerechte Urſache der Entfernung der Ehefrau von dem Ehemanne bilden insbeſondere erlittene rohe Mißhandlungen. [52]

Entſcheidung des Obertribunals vom 19. Mai 1857 in der Appellationsſache Bihler c. Bihler.

In Entſcheidungsgründen des Obertribunals iſt dießfalls geſagt:

Die Mißhandlung, in deren Folge die Klägerin das Haus ihres Ehemannes verlaſſen hat, beſtand nach der Angabe der Zeugen darin, daß der Letztere der Klägerin, weil ſie ſich einen halben Schoppen Moſt zu ihren Kartoffeln geholt hatte, eine Ohrfeige gab. Dieß würde zwar für ſich allein bei Leuten von dem Stande und der Bildungsſtufe der Parteien (Wirthsleute auf dem Lande) für die Klägerin einen zureichenden Grund, ihren Ehemann zu verlaſſen, nicht abgeben. Die Klägerin wurde aber ihrer Behauptung zufolge ſchon einige Zeit zuvor von ihrem Ehemann mit einem Stocke und mit der Fauſt geſchlagen, auch gewürgt, ſo daß ihr das Blut zur Naſe herauslief und ſich noch mehrere Tage nachher Schwielen bei ihr vorfanden. Obgleich ſie nun, nachdem ſie in Folge

---

[50] Walter, Kirchenrecht, §. 253; Eichhorn, Kirchenrecht, S. 479.

[51] Kommentar, Bd. XXVI, S. 390.

[52] Vergl. Tafel, Civilrechtsſprüche, Bd. I, S. 233, 234 ff.

dieſer Mißhandlung ihren Ehemann verlaſſen hatte, zu demſelben zurückgekehrt iſt und ihm ſonach das Vorgefallene verziehen hat, ſo muß doch, wenn der Bekl. nach der ihm gewordenen Verzeihung ohne allen Grund ſich abermals an ſeiner Ehefrau thätlich vergriffen hat, der frühere Vorfall in Betracht gezogen worden, indem die Klägerin mit Grund zu befürchten hatte, daß ſich ſolche Mißhandlungen wiederholen werden. Auch läßt ſich darauf, welcher rückſichtsloſen Behandlung ſeiner Ehefrau der Beklagte fähig ſein mag, aus der Bekanntmachung ſchließen, welche der Beklagte im Amts- und Intelligenzblatte einrücken ließ, wonach er ohne hinreichende Veranlaſſung gegen ſeine Ehefrau den Verdacht ausſprach, daß ſie dem Müſſiggang und leichtſinnigen Leben nachziehe. Hienach würde es der Klägerin an zureichenden Gründen für ihre Trennung von ihrem Ehemanne nicht fehlen und es fragt ſich nur, ob die erwähnten Thätlichkeiten, die der Beklagte gegen ſeine Ehefrau ſich erlaubt haben ſoll, erwieſen ſind.

Entſcheidung des Obertribunals vom 30. April 1860 in der Appellationsſache Wittich c. Wittich.

In einer anderen Sache iſt in den Entſcheidungsgründen des Obertribunals ausgeführt: Die Klägerin, die mit ihrem erſten Ehemanne eine ſtille, friedliche Ehe geführt, ſoll den Bekl. an dem fraglichen Tage dadurch gereizt haben, daß ſie ihm auf ſeine Anfrage wegen des Eſſens erwidert habe: „er habe ja ſonſt auch gefreſſen, wenn ſie ihm auch Nichts geſagt habe.“ Sollte jedoch die Klägerin dieſe Aeußerung auch gethan haben, ſo wäre damit die nachgefolgte Mißhandlung derſelben durch ihren Ehemann keineswegs entſchuldigt, denn aus den vorliegenden Zeugniſſen ergibt ſich, daß der Bekl. ſeiner Frau nicht blos einige Maulſchellen gegeben, ſondern daß er ſie auf höchſt brutale Weiſe längere Zeit hindurch, namentlich durch Schläge, mißhandelt hat. Will man auch bei Beurtheilung dieſer Handlungsweiſe der Bildungsſtufe der Eheleute (dem Bauernſtande angehörig) und dem Umſtande,

daß der Beklagte durch das behauptete Benehmen seiner Frau zum Zorne gereizt gewesen sein soll, Rechnung tragen, so kann man damit doch eine Mißhandlung, wie sie die Zeugen beschrieben, noch lange nicht entschuldigt finden. Zieht man nun noch in Betracht, daß der Beklagte als rasch, grob und roh geschildert wird, was er gegen Menschen und Vieh an den Tag lege, so muß anerkannt werden, daß die Klägerin zu befürchten hatte, es möchten ihr noch mehr ähnliche Mißhandlungen bevorstehen, wonach sie zureichende Gründe hatte, von ihrem Ehemanne sich zu entfernen und sein Anerbieten der Alimentation im gemeinschaftlichen Zusammenleben zurückzuweisen.

Entscheidung des Obertribunals vom 21. Juni 1861 in der Appellationssache Böpple c. Böpple.

Andere Entscheidungsgründe enthalten die Ausführung:

Das ganze Verhalten des Beklagten, eines Webers auf dem Lande, während der Ehe, seine Erklärung nach der Entfernung der Klägerin, daß er ihre Rückkehr nicht verlange, endlich seine heimliche Entweichung nach Amerika bekunden sowohl die tiefe Abneigung als die unwürdige Behandlung, der die Klägerin stets ausgesetzt war und zeigen deutlich, wie es dem Beklagten von Anfang an darum zu thun war, seiner Ehefrau wieder los zu werden. Lag schon in diesem Gebahren des Beklagten und der hiedurch kund gegebenen Gesinnung Grund genug für die Trennung der Klägerin, so war solche nach der ihr in der Nacht vom . . . zugefügten Mißhandlung um so gewisser gerechtfertigt, als der Bekl. das für sich als Ehemann vindizirte Züchtigungsrecht, zu dessen Anwendung ohnedieß kein zureichender Grund vorlag, jedenfalls in hohem Grade überschritten zu haben mit den Worten selbst zugestanden hat, „daß er seine Ehefrau recht durchgewalkt habe," wie denn auch Spuren der erhaltenen Ruthenstreiche noch des andern Tages sichtbar waren.

Entscheidung des Obertribunals vom 18. Sept. 1863 in der Appellationssache Grieb c. Grieb.

In einer weiteren Sache wurde gesagt:

Ist auch nicht erwiesen, daß die Klägerin grobe Mißhandlungen von dem Bekl., ihrem Ehemanne erlitt, so ist doch der Beweis geliefert, daß der Bekl. seine Ehefrau um die Zeit der Trennung zum Hause hinausgesperrt und dadurch genöthigt hat, in der benachbarten Wohnung ihrer Tochter ein Unterkommen zu suchen. Dieses Benehmen des Bekl. gegen seine (65 Jahre) alte und schwächliche Frau enthält eine solche Lieblosigkeit, daß dieselbe schon hiedurch gerechtfertigt erscheint, wenn sie sich solcher Willkühr fernerhin nicht mehr Preis zu geben wagte und sich bei ihrer Tochter um eine sichere Unterkunft umsah. Ein ebenso liebloses Benehmen hat der Bekl. gegen seine Ehefrau an den Tag gelegt, indem er sie der Hurerei in früheren Jahren, sowie des Diebstahls beschuldigte und erklärte, das „Weib" lasse er nicht mehr zu sich, er wolle sie nimmer. Hieraus ist zur Genüge ersichtlich, daß der Bekl. seine Ehefrau in einer Weise behandelte, aus welcher eine eingewurzelte Abneigung gegen dieselbe ersichtlich ist, so daß die Ehefrau nicht nur zu ihrer Entfernung genügende Gründe hatte, sondern auch zu einer Rückkehr auf das einfache Erbieten des Bekl. zu ihrer Wiederaufnahme nicht verpflichtet erachtet werden kann.

Entscheidung des Obertribunals vom 12. Jan. 1859 in der Appellationssache Obermeyer c. Obermeyer.

Andere Entscheidungsgründe besagen:

Der Bekl. (Gutspächter) hat bezüglich der beiden ersten Trennungen der Klägerin, seiner Ehefrau, (einer Wirthstochter) zugegeben, daß er mit dieser öfters Wortwechsel gehabt, daß er ihr bei ihrer ersten Trennung eine Ohrfeige versetzt und ihr mit den Worten: „wenn sie nicht fortgehe, so gehe er," ausgeboten und, als sie sich später wieder von ihm entfernen wollte, sie mit Gewalt auf den Sopha geworfen habe. Läßt man auch dahin gestellt, ob die Schuld dieser zwei ersten Trennungen den Bekl. allein

trifft, so ist doch so viel anzunehmen, daß ihm jedenfalls eine Mitschuld beizumessen ist. Wenn nun die Klägerin auf den Zuspruch des Gerichtes zur abermaligen Rückkehr zu dem Bekl. behufs friedlicher Fortsetzung der Ehe sich entschloß und diesen Entschluß ausführte, so war es die Schuldigkeit des Bekl., die Klägerin freundlich aufzunehmen, in Erwiderung ihres Entgegenkommens sie mit Versöhnlichkeit zu behandeln und ihr die einer Ehefrau zustehenden Rechte zu gewähren. Der Bekl. hat aber, wie er selbst nicht zu bestreiten vermag, die Klägerin nicht blos mit Kälte empfangen, sondern auch während der ganzen vierwöchigen Dauer dieser Wiedervereinigung ebenso kalt und abstoßend behandelt, so, als ob sie gar nicht seine Frau wäre, und die ihm durch ihre Rückkehr angebotene Versöhnung nicht nur nicht angenommen, sondern ihr auch zugestandenermaßen während dieser ganzen Zeit den Beischlaf wiederholt verweigert. Wenn unter solchen durch das früher Vorausgegangene erschwerten Umständen die Klägerin sofort die Hoffnung aufgab, mit dem Beklagten fernerhin ehelich zusammenleben zu können und ihn wieder verließ, so war diese Trennung zureichend gerechtfertigt.

Entscheidung des Obertribunals vom 5. März 1867 in der Appellationssache Treiber c. Treiber.

In weiteren Entscheidungsgründen ist gesagt:

Es hat die Klägerin, indem sie behauptet, ihr Ehemann habe ihr die eheliche Pflicht nicht auf eine naturgemäße Weise geleistet, weil er keine Kinder habe erzeugen wollen, einen Grund für ihre Weigerung angeführt, der, wenn er wahr ist, für hinreichend zu halten wäre, um eine Ehefrau zu entschuldigen, welche die Ehe fortzusetzen sich weigert.

Entscheidung des Obertribunals vom 14. August 1840 in der Appellationssache Riehle c. Riehle.

In einer anderen Sache wurde ausgesprochen:

Von einer ungerechtfertigten, durch die Klägerin selbst

verschuldeten Trennung derselben von ihrem Ehemanne kann nicht die Rede sein, nachdem er selbst zugestanden, die Klägerin geheißen zu haben, das Haus zu verlassen, und nachdem er ihr die Rückkehr, zu welcher sie sich, wenn auch nach einiger Ueberlegung und unter gewissen Voraussetzungen bereit erklärt hatte, durch die vom Beklagten noch am gleichen Tage ausgesprochene Beschuldigung der ehelichen Untreue zur Unmöglichkeit gemacht hatte.

Entscheidung des Obertribunals vom 23. Febr. 1860 in der Beschwerdesache Pfister c. Pfister.

Hat die Ehefrau, welche sich von ihrem Ehemanne getrennt hat und zu ihm zurückzukehren sich weigert, die ehegerichtlichen Zwangsgrade fruchtlos erstanden, so ist nach der von dem Obertribunal angenommenen und in einer Reihe von Fällen konstant zur Anwendung gebrachten Thesis der Ehemann von dem Zeitpunkte an, wo ihm von dem Eherichter der Antrag auf Erkennung des Ehescheidungsprozesses anheimgegeben worden ist, ohne Rücksicht auf die Gründe der Trennung zur Alimentirung seiner Ehefrau verpflichtet. [53]

Entscheidung des Obertribunals vom 21. Juli 1831 in der Appellationssache Keller c. Keller; vom 15. Okt. 1845 in der Appellationssache Götz c. Götz; vom 3. Juni 1854 in der Appellationssache Fink c. Fink; vom 18. Sept. 1863 in der Appellationssache Grieb c. Grieb; vom 26. Juni 1865 in der Appellationssache Wiedmaier c. Wiedmaier.

Auch während der Dauer einer durch das bischöfliche Ordinariat auf unbestimmte Zeit verfügten Scheidung katholischer Ehegatten zu Tisch und Bett ist der Ehemann zur Alimentirung der Ehefrau gesetzlich verbunden — c. 2 X de divort. — da dieser Scheidung ungeachtet das eheliche Band mit dessen bürgerlichen Wirkungen zwischen den Parteien fortbesteht. Auch kommt es, nachdem in Folge des Ausspruches der Scheidung zu Tisch und Bett die Ehefrau berechtigt worden, von ihrem Ehemanne getrennt zu leben, nicht darauf an, ob dieselbe

[53] Sarwey, Monatschrift, Bd. VII, S. 108, 109; Bd. XIV, S. 41–53 Tafel, Civilrechtssprüche, Bd. I, S. 233.

schon früher rechtmäßige Ursachen zur Verlassung ihres Ehemannes gehabt habe. [54]

Entscheidung des Obertribunals vom 18 Nov./3. Dez. 1845 in der Appellationssache Schweizer c. Schweizer; vom 8. Mai 1857 in der Appellationssache Rohr c. Rohr; vom 2. Nov. 1866 in der Appellationssache Stockert c. Stockert; vom 3. Juni 1870 in der Berufungssache Schutzbach c. Schutzbach.

Die Alimentationsverbindlichkeit des Ehemannes gegenüber der Ehefrau ist jedoch dadurch bedingt, daß derselbe in der Lage ist, ohne Gefährdung seiner eigenen Subsistenz der Frau Alimente zu reichen,

Entscheidung des Obertribunals vom 18. Nov./3. Dez. 1845 in der Appellationssache Schweizer c. Schweizer; vom 6. Juli 1859 in der Appellationssache Göppinger c. Göppinger.

sowie, daß die Ehefrau ohne die Unterstützung des Mannes sich nicht selbst zu ernähren vermag. In letzterer Beziehung kommt jedoch in Betracht, daß die von ihrem Ehemanne getrennt lebende Ehefrau zwar keinen Anspruch darauf hat, auf Kosten des letzteren müßig zu gehen. Dagegen braucht sie sich auch nicht eine wesentliche Verschlimmerung ihrer Lage gefallen zu lassen. Es kann ihr daher nicht zugemuthet werden, in fremde Dienste zu treten, sondern nur, daß sie sich mit weiblichen Arbeiten beschäftige. Die Ehefrau ist während des Bestehens der Ehe nur verpflichtet, solche Arbeiten zu verrichten, welche ihr als Hausfrau zukommen. Die Pflicht zur Reichung von Alimenten seiten des Ehemannes ist daher dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Ehefrau durch Uebernahme von Magddiensten sich ernähren könnte. [55]

Entscheidung des Obertribunals vom 18. Nov./3. Dez. 1845 in der Appellationssache Schweizer c. Schweizer; vom 17. Sept. 1858 in der Appellationssache Mühleisen c. Mühleisen; vom 6. Juli 1859 in der Appellationssache Göppinger c. Göppinger; vom 2. März 1860 in der Appellationssache Botzenhardt c. Botzenhardt; vom 17 Juni 1864 in der Appellationssache Heydlauff c. Heydlauff.

[54] Neuffer, Zeitschr. für Rechtspflege in Württemberg, Bd. II, S. 36; Lang, Handbuch, S. 363.

[55] Sarwey, Monatschrift, Bd. XIV, S. 54; Lang, Handbuch, S. 363, Note 4.

Der Umstand, daß die Ehefrau nach ihrer Trennung von ihrem Ehemann Unterhalt im elterlichen Hause gefunden hat, entbindet den Ehemann nicht von der ihm gesetzlich obliegenden Pflicht, seine Ehefrau zu ernähren. Denn es hat der Ehemann keinen rechtlichen Anspruch darauf, in seiner Alimentationspflicht von den Eltern der Ehefrau vertreten zu werden.

Entscheidung des Obertribunals vom 18. Nov./3. Dez. 1845 in der Appellationssache Schweizer c. Schweizer; vom 17. Sept. 1858 in der Appellationssache Mühleisen c. Mühleisen.

Das Maß der von dem Ehemanne seiner Ehefrau zu gewährenden Alimente richtet sich nicht schlechthin nach dem Ertrage des von der Ehefrau eingebrachten, in der Verwaltung des Mannes befindlichen Vermögens, sondern es hat der Ehemann vermöge der durch das eheliche Verhältniß begründeten Verpflichtung seiner Frau solche Mittel zu gewähren, welche zu einem dem Stande und den Vermögensverhältnissen des Mannes und der Familie entsprechenden Auskommen zureichen, der Art, daß der Ehemann, um dieser Pflicht zu genügen, nicht ausschließlich auf den Erwerb und Vermögensertrag angewiesen ist, sondern erforderlichenfalls sogar zur Herbeiziehung des Grundstocks des beiderseitigen Vermögens zu greifen verpflichtet wäre. [56]

Entscheidung des Obertribunals vom 17. Juni 1864 in der Appellationssache Heydlauff c. Heydlauff.

21) Die Kollation veräußerter Liegenschaft.

Kann Liegenschaft, welche an sich der Kollation unterworfen ist, bei der Erbtheilung in Natur nicht eingeworfen werden, weil sie schon vor dem Tode des Erblassers von dem Kollationspflichtigen veräußert worden ist, so entsteht die Frage, was nunmehr eingeworfen werden muß, ob der Erlös der Liegenschaft, oder aber deren wahrer Werth zur

[56] Vergl. Lang, Handbuch, S. 363, 364.

Todeszeit des Erblassers. Beide Ansichten haben ihre Vertreter in der Theorie und Praxis gefunden. Auch die württ. Praxis scheint dießfalls geschwankt zu haben, wohl hauptsächlich infolge dessen, daß die herrschende Ansicht, wonach der Erlös nicht aber der jetzige Werth der veräußerten Liegenschaft einzuwerfen ist, [57] von einflußreichen württ. Schriftstellern bekämpft worden ist. [58] Sowohl der Kreisgerichtshof in Tübingen in einer Entscheidung vom 25. Febr. 1845, [59] als der Kreisgerichtshof zu Eßlingen in Entscheidungen vom 14. Mai 1855 und 31. März 1863 [60] haben jedoch die Ansicht adoptirt, daß der Erlös einzuwerfen sei und diese Ansicht ist jetzt auch von dem Obertribunal als die richtige erkannt worden. Entscheidungsgründe des Obertribunals besagen hierüber.

Das württ. Recht enthält dießfalls so wenig als das gemeine Recht eine besondere Bestimmung. Es kommt aber entscheidend in Betracht, daß nach den Rechtsquellen blos die Bereicherung, d. h. dasjenige zu konferiren ist, um was der Kollationspflichtige zur Zeit der Kollation bereichert ist, oder ohne seine Verschuldung bereichert wäre. Denn einmal bezeichnen die Rechtsquellen — l. 20 pr. Cod. de coll. (6, 20) — als Gegenstand der Kollation lediglich den Gewinn, der zur Zeit des Todes des Verstorbenen an den Erben gelangen konnte. Anderntheils ist der Einwerfungspflichtige durch die erst mit dem Erbschaftsantritt

---

[57] Lauterbach, Diss. de dot. coll. (Dissertat. academ. Vol. II, diss. 77, §. 39, 56); idem, Coll. theor. pract. Lib. XXXVII, tit. 6, §. 13, P. II, p. 1065. Hofacker, princ. jur. civ. §. 1661; Pfitzer, die Kollation des Deszendenten §. 244, S. 573; Reinhardt, Einwerfung, §. 284; Reyscher, württemb. Privatrecht §. 714.

[58] Weishaar, württ. Privatrecht, Bd. II, §. 926; Bolley, 33 Aufsätze, S. 92; Stein, Erbrecht, 3. Aufl., §. 138; Jeitter, freiw. Gerichtsbarkeit Bd. I, §. 579, S. 385.

[59] Boscher, Zeitschr. für freiw. Gerichtsbarkeit, Jahrg. 1863, S. 232 ff.

[60] Ebendas., Jahrg. 1862, S. 264 f.; Jahrg. 1863, S. 229 ff.

begründete Einwerfungspflicht an der freien Verfügung über das der Einwerfung unterliegende Vermögen nicht gehindert und es wird derselbe nur bezüglich Desjenigen als ersatzpflichtig bezeichnet, was durch eine von ihm zu vertretende Verschuldung verloren gegangen ist — l. 1 pr. §. 23, l. 4 D. de collat. (37, 6). — Dieß führt aber mit Nothwendigkeit darauf, daß im Falle geschehener Veräußerung des der Kollation unterliegenden Vermögens der Kollationspflichtige mehr als den Erlös einzuwerfen nicht verbunden ist, wenn ihm nicht Arglist oder eine von ihm zu vertretende Fahrlässigkeit bei der Veräußerung zur Last fällt, wovon in vorliegendem Falle überall keine Rede sein kann. Der Zweck der Einwerfung, eine möglichste Gleichstellung der Erben herbeizuführen, kann hiegegen nicht geltend gemacht werden; denn zum mindesten läßt sich nicht sagen, daß dieser Zweck mehr erreicht werde, wenn auch bei erfolgter Veräußerung nicht der Erlös, sondern der revidirte Anschlag der veräußerten Vermögenstheile eingeworfen werden müßte. Auch würde es der Billigkeit, auf welcher das Rechtsinstitut der Kollation wesentlich beruht, widerstreiten, wenn dem Kollationspflichtigen, der lediglich von einem Rechte Gebrauch gemacht hat, indem er das der Kollation unterworfene Vermögen veräußert, zugemuthet würde, im Falle eines Steigens der Preise mehr, als was durch den Erlös in sein Vermögen gekommen, einzuwerfen, in gleicher Weise, wie anderer Seits der Grundsatz der Billigkeit dem Kollationsberechtigten gegenüber verletzt würde, wenn bei gesunkenen Preisen der Kollationspflichtige nur den revidirten Anschlag der veräußerten Liegenschaft einzuwerfen hätte, obwohl durch den Erlös ein höherer Betrag in sein Vermögen gekommen und er daher um diesen Betrag bereichert ist. Damit beseitigt sich auch die Berufung auf die Bestimmung des Landrechtes Thl. 3, Tit. 23, wonach dasjenige, was die Kinder an Heirathgut erhalten haben, zu billiger Vergleichung aufgerechnet werden solle. Es ist damit nur

ausgesprochen, daß die Billigkeit bei der Kollation maßgebend sein solle; daß diese aber nicht auf die entgegengesetzte Ansicht führt, welche die Einwerfung des jetzigen Werthes der veräußerten Liegenschaft verlangt, ist schon bemerkt worden.

Entscheidung des Obertribunals vom 26. Juni 1871 in der Berufungssache Carl c. Neppach.

B. Wechselrecht.

22) Mangelhafte Beschaffenheit der Wechselabschrift in der Protesturkunde; Luzerner Recht.

In einem Falle, in welchem der eingeklagte, angeblich in Luzern protestirte Wechsel als Ausstellungstag das Datum des 24. August 1869, die in der Protesturkunde enthaltene Wechselabschrift aber das Datum des 22. Aug. 1869 trug, hatte der mit der Wechselregreßklage belangte Beklagte eingewendet, daß der Protest, weil er keine wörtliche Abschrift des Wechsels enthalte, ungiltig und der Kläger daher des Wechselregresses verlustig sei. Hierüber besagen die Entscheidungsgründe des Obertribunals:

Nach dem in Gemäßheit des Art. 86 der deutschen Wechselordnung hier Anwendung findenden §. 46 des in Luzern geltenden „schweizerischen Wechselkonkordates," Ziff. 1, gehört zur Form des Wechselprotestes, daß derselbe eine wörtliche Abschrift des Wechsels nebst allen darauf befindlichen Erklärungen enthalte, wie solches auch nach Art. 88 der deutschen Wechselordnung ein wesentliches Erforderniß ist. In vielen Fällen, in welchen das Obertribunal diese Bestimmung der deutschen Wechselordnung anzuwenden hatte, hat dasselbe den Grundsatz

festgehalten, daß bei einer Nichtübereinstimmung der Wechselabschrift in der Protesturkunde mit dem eingeklagten Wechsel der Regreßanspruch des Inhabers des letzteren nur dann ausgeschlossen sei, wenn in Folge dieser Nichtübereinstimmung die Identität des protestirten und des eingeklagten Wechsels ungewiß sei. [61]

Obgleich nun der Präsident der Gesetzgebungskommission des Kantons Luzern R. Mayer in seiner Erläuterung des genannten Konkordates S. 76 bemerkt, daß die Kopie Alles befassen solle, was sich auf der Vorder- und Rückseite des protestirten Wechsels befinde und daß auch die ausgestrichenen Linien mit dem Bemerken zu kopiren seien, daß sie ausgestrichen seien, so hat man doch keinen genügenden Grund, der Vorschrift des Wechselkonkordates einen weitergehenden Sinn dahin beizulegen, daß jede auch noch so unbedeutende Abweichung als ein wesentlicher Mangel, der den Protest zu einem rechtsungiltigen mache, erscheine; denn der Grund und Zweck des Gesetzes ist hier offenbar derselbe, wie bei der Vorschrift der deutschen Wechselordnung.

Für den Beweis der Identität eines Wechsels ist jedoch das Datum der Ausstellung von großer Bedeutung. Wechsel, welche an verschiedenen Tagen ausgestellt worden sind, können nicht identisch sein. Nun ist das Datum des eingeklagten Wechsels der 24. August 1869, dasjenige des protestirten Wechsels nach der dem Proteste beigefügten Abschrift der 22. August 1869. Nicht nur läßt sich ein Versehen des Protest aufnehmenden Aktuars in einem so sehr erheblichen Punkte nicht ohne Weiteres annehmen, sondern es spricht gegen ein solches der Umstand, daß die Zahl 24 in dem eingeklagten Wechsel so überaus deutlich geschrieben ist, daß sie wenigstens nicht als die Zahl 22 gelesen worden sein kann. Hienach erscheint die Identität des protestirten und des eingeklagten Wechsels ungewiß, und zwar

[61] Württ. Archiv, Bd. IX, S. 145; Bd. X, S. 92 ff.

um so mehr, als beide nach der Abschrift in dem Proteste auch noch in anderen Punkten von einander abweichen, Abweichungen, die zwar für sich allein von keiner Bedeutung wären, die aber in Verbindung mit der Verschiedenheit im Ausstellungsdatum Beachtung verdienen. Der Kläger hat nun zwar durch Berufung auf Erklärungen des Beklagten in einem anderen Prozesse wegen Sicherheitsleistung den Beweis der Identität des eingeklagten und des protestirten Wechsels zu führen gesucht. Allein dieser Identitätsbeweis ist ausschließlich durch die in der Protesturkunde beigefügte Wechselabschrift herzustellen [62] und kann dieser Beweis nicht auf anderem Wege, wie durch Schlußfolgerungen aus anderen Umständen, beigebracht werden. Somit ist der erhobene Wechselregreßanspruch als nicht durch rechtzeitigen Protest gewahrt zu betrachten und darum abzuweisen.

Entscheidung des Obertribunals als Oberhandelsgericht vom 15. Juni 1870 in der Berufungssache des Spar- und Kreditvereines Ulm c. Murschel.

23) Entschädigungspflicht des böslichen oder grob fahrlässigen Erwerbers eines abhanden gekommenen Wechsels.

(Zu Art. 74 der deutschen Wechselordnung.)

Ein an die Ordre des Rudolph Lang in Basel gezogener, von diesem an C. Laurent girirter Wechsel war von dem Ersteren mit der Post an den Indossatar Laurent abgesendet worden, jedoch nicht an seine Adresse gelangt, sondern in die Hände eines unberechtigten unbekannten Dritten gekommen. Dieser hatte sofort unter dem falschen Namen C. Laurent den Wechsel an S. Bickart in Ulm, und Letzterer denselben sodann an Aug. Siebert weiter begeben, der dann auch den Wechsel zum Einzug gebracht hat. Nun erhob Rudolph Lang Klage auf Schadenersatz

[62] Württ. Archiv, Bd. X, S. 94.

gegen Bickart, da er sich bei der Erwerbung des Wechsels von einem Unbekannten jedenfalls einer groben Fahrlässigkeit schuldig gemacht habe, welche ihn, wenn er den Wechsel noch besitzen würde, zu dessen Herausgabe verpflichten würde und, da er den Wechsel inzwischen weiter begeben, schadenersatzpflichtig mache. Das Obertribunal erachtete diesen Ersatzanspruch für den Fall der Erweislichkeit einer groben Fahrlässigkeit des Beklagten bei Erwerbung des Wechsels als begründet und es besagen dießfalls die Entscheidungsgründe:

Es liegt im Wesen des Wechsels, daß es sich bei ihm, wovon bei dem Art. 74 der Wechselordnung auch ausgegangen worden ist, [63] in Ansehung der Vindikation in der Hauptsache nicht um das Eigenthum am Papier, sondern um die Befugniß zur Geltendmachung der mit dem Wechsel verbundenen Rechte, deren Träger er blos ist, handelt, und es liegen daher in derartigen Streitfällen keine reinen Eigenthumsstreitigkeiten, sondern Konflikte über persönliche Rechte vor. Bei anderen Sachen liegt ihr Werth in der Sache selbst, der Werth des Wechsels aber liegt nicht in der Wechselurkunde, in dem Papiere, sondern in den Rechten, welche an jene Urkunde geknüpft sind, woraus sich, ganz abgesehen davon, daß sonst der Art. 74 cit. in den meisten Fällen illusorisch sein würde, ergibt, daß dieser Artikel nach seiner eigentlichen Bedeutung nicht die Wechselurkunde, das Papier, im Auge haben kann, sondern bestimmt, daß der unredliche, wie der grob fahrlässige Erwerber des Wechsels die mit ihm verbundenen Rechte nicht erwerbe, wovon die Folge ist, daß er, so lange er noch im Besitze des Wechsels ist, zur Herausgabe des Wechsels behufs der Realisirbarkeit jener Rechte verbunden ist, im Falle aber der Kläger wegen der weiteren Begebung des Wechsels an einen Dritten jener Rechte verlustig geworden

---

[63] Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. VIII, S. 323; Seuffert, Archiv, Bd. VII, S. 420.

ist, der unredliche oder grobfahrlässige Erwerber ihm gerade wegen der ihn in Betreff der Erwerbung treffenden Verschuldung haftet. Im Art. 74 cit. ist die grobe Fahrlässigkeit im Erwerb des Wechsels dem unredlichen Besitze gleichgestellt, und wie der unredliche Besitzer einer Sache schon nach gemeinrechtlichen Grundsätzen mit der Eigenthumsklage auf Entschädigung belangt werden kann, wenn er sich des Besitzes freiwillig entäußert hat,[64] so ist jene im Art. 74 ausgesprochene Gleichstellung der groben Fahrlässigkeit mit dem bösen Glauben nicht allein auf die Verpflichtung zur Herausgabe der Wechselurkunde, sondern auch auf die Verbindlichkeit zum Ersatze des Werthes zu beziehen, ohne welche der Art. 74 in den meisten Fällen ohne praktische Bedeutsamkeit wäre und die von ihm ausgesprochene Verpflichtung mit leichter Mühe umgangen werden könnte.[65]

Entscheidung des Obertribunals als Oberhandelsgericht vom 18. April 1871 in der Berufungssache Bikart c. Lang.

23) Regreß des Wechselinhabers Mangels Zahlung; Natur der in dem Regreßanspruch begriffenen Zinse.

Hierüber besagen Entscheidungsgründe des Obertribunals:

Die Fälle, in welchen kraft gesetzlicher Anordnung und deren Anwendung auf die konkrete thatsächliche Sachlage eine Verpflichtung zur Zinszahlung vorliegt, sind verschiedene. Fälle solcher Zinsverpflichtungen sind unter anderen der Verzug und die Gründe zur Leistung des Interesses, insofern dieses in der Verzinsung besteht oder

---

[64] Windscheid, Pandektenrecht, Bd. I, §. 193, Nro. 8.

[65] Goldschmidt, a. a. O., S. 340—341; Seuffert, Archiv, Bd. VII, S. 417—423; Hartmann, deutsches Wechselrecht, S. 502, Nro. 16; Haimerl, Wechselrecht, S. 214; Renaud, Wechselrecht, S. 338; Siebenhaar, Archiv für Wechselrecht, Bd. IV, S. 40—41.

letztere mitumfaßt. [66] Es fragt sich daher: Ist der Grund, aus welchem der Art. 50 der allgemeinen deutschen Wechselordnung dem Inhaber eines mangels Zahlung protestirten Wechsels einen Anspruch auf Zinsen zu 6 Prozent aus der Wechselsumme vom Verfalltage an zuerkennt, der Verzug des Regreßpflichtigen, oder hat diese Forderung eine andere Grundlage?

Sollten die Zinse des Art. 50 der allg. deutschen Wechselordnung Verzugszinse sein, so müßte sich aus dem Gesetze selbst ergeben, daß der Inhaber des Wechsels sie nur im Falle eines eingetretenen Verzuges fordern kann. Ein solcher Verzug könnte nun allerdings nicht blos unmittelbar in der Person des Regreßpflichtigen begründet sein, sondern die Zinsen hätten auch dann den Charakter von Verzugszinsen, wenn nur der Regreßpflichtige die durch den Verzug eines Dritten zunächst in dessen Person entstehende Obligation kraft des Gesetzes zu übernehmen hätte. Weder das Eine noch das Andere trifft bei dem regreßpflichtigen Aussteller oder Indossanten eines Wechsels zu.

Von einem in der Person des Regreßpflichtigen begründeten Verzuge kann schon deßhalb keine Rede sein, weil auf der einen Seite seine Pflicht zur Zahlung der Regreßsumme davon abhängt, ob der Inhaber des Mangels Zahlung protestirten Wechsels ihn überhaupt in Anspruch nehmen will, er aber auf der anderen Seite, wenn auch die Anforderung erst längere Zeit nach Protestirung des Wechsels erfolgt, dennoch vom Verfalltage des Wechsels an Zinse zu bezahlen hat. Eine Pflicht des Regreßschuldners, vor Erhebung des Regreßanspruches zu bezahlen, ist im Gesetze nirgends begründet und könnte auch nicht statuirt sein, weil derselbe vorher gar nicht wissen kann, in wessen Händen sich der Wechsel befindet, wer daher in der Lage ist, bei ihm seinen Regreß zu suchen.

---

[66] Sintenis, Civilrecht, 2. Aufl., Bd. II, §. 87, S. 99.

Auch Art. 48 der allg. deutschen Wechselordnung betrifft nur ein dem Regreßpflichtigen zu seinen Gunsten eingeräumtes Recht, durch Zahlung der Wechselsumme nebst Zinsen sich den Wechsel zu verschaffen. Hienach sind die Zinse, welche der Regreßpflichtige zu entrichten hat, von einer mora desselben ganz unabhängig.

Ebensowenig ist aber die Zinspflicht die Folge der mora eines Dritten, für welche der Regreßpflichtige einzustehen hat. Denn die Garantieverbindlichkeit des Ausstellers und Indossanten ist ganz unabhängig von einer Schuldverbindlichkeit des Bezogenen. Auch dann, wenn dieser den Wechsel nicht acceptirt hat und somit ein Verzug bei ihm nicht in Frage kommen kann, haftet Jener. Voraussetzung der Zinsverbindlichkeit des Regreßpflichtigen ist also nicht der Verzug des Bezogenen, sondern einfach die Thatsache der Nichtzahlung des Wechsels durch denselben.

Die Zinspflicht in Frage findet vielmehr in dem Wesen der übernommenen Garantie ihre vollständige Begründung ohne jedwede Herbeiziehung der Grundsätze über mora. Nach Art. 8 und 14 der allg. deutschen Wechselordnung haftet sowohl der Aussteller als der Indossant für die Annahme und Zahlung des Wechsels wechselmäßig. Er verspricht, daß der Bezogene zur Verfallzeit zahlen wird; zahlt derselbe nicht, so muß Jener in Folge seines Versprechens für das Interesse einstehen, einen Theil dieses Interesses bilden die Zinsen, welche dem Inhaber dadurch entgangen sind, daß am Verfalltage nicht bezahlt wurde. Gleichwie die übrigen Forderungen, welche nach dem Gesetze die Regreßsumme bilden, jenes Interesse repräsentiren, ebenso ist dies auch bei den Zinsen der Fall. [67]

---

[67] Vergl. Hoffmann im Archiv für praktische Rechtswissenschaft, Bd. V, S. 13, 18, 19; Hoffmann, Erläuterungen der allg. deutschen Wechselordnung, S. 125, 420; O. Wächter, Wechsellehre, S. 541, 547; Liebe, die allg. deutsche Wechselordnung, S. 164.

Gegenüber von dieser aus dem Gesetze selbst sich ergebenden Natur der fraglichen Zinse, ist die Aeußerung eines einzelnen Mitgliedes der Leipziger Konferenz, welches dieselben Verzugszinse nannte, ohne Erheblichkeit. Im Uebrigen ergeben die Konferenzprotokolle nur, daß, ohne daß sich im Einzelnen über jene Natur ausgesprochen wurde, an die Stelle der im preußischen Entwurfe §. 49 aufgeführten Verzugszinse im jetzigen Art. 50 das Wort Zinse gesetzt wurde, eine Fassung, die nach dem Vorausgeschickten die allein richtige ist.

Entscheidung des Obertribunals vom 17. März 1866 in der Appellationssache N. c. N.

---

2) Zur Frage über die Vertretung der Kirchengemeinden in Württemberg.

Von Dr. Sarwey.

In der Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit [1] hat Herr Regierungsrath Stängel einem im VII. Bande dieses Archivs veröffentlichten Aufsatze von mir, über die Organisation der Kirchengemeinden und die Beitragspflicht der Parochianen zur Bestreitung der kirchlichen Bedürfnisse, die Ehre einer eingehenden kritischen Besprechung erwiesen. Seitdem sind die oben [2] mitgetheilten weiteren Entscheidungen im Administrativ-Rechtswege ergangen, welche der von Stängel angezweifelten

---

[1] Bd. VII, S. 334—352, S. 372—384. Neuestens hat auch Kreisgerichtsrath Lang in seinem Handbuch des württ. Personen-, Familien- und Erbschaftsrechtes, 1. Lieferung (1871) S. 32 und 35 über diese Frage sein Votum abgegeben. Seine Darstellung macht einige in den folgenden Noten gegebene Berichtigungen nothwendig.

[2] Abth. 2, S. 304—309.

Praxis bezüglich der Vertretung der Kirchengemeinden durch den Stiftungsrath zum weiteren Beleg dienen.

Anknüpfend hieran mag es mir gestattet sein, eine Erwiderung auf den Stängel'schen Aufsatz zu geben. Dieß früher zu thun, habe ich unterlassen, weil ich ohne die Mittheilung weiterer Vorgänge aus der Praxis hievon für die Sache selbst einen Nutzen nicht einzusehen vermochte. Ich werde um so mehr eine persönliche Polemik, zu welcher die zu beantwortende Ausführung Anlaß genug gegeben hätte, vermeiden, als ich bereitwillig das Verdienst Stängels anerkenne, in seiner von einem Mitarbeiter der Zeitschrift für freiwillige Gerichtsbarkeit als „geistreich" bezeichneten Schrift „die kirchenstaatsrechtlichen Verhältnisse der Kirchengemeinden in Württemberg" erstmals die Frage ihrer Vertretung eingehend und mit gründlicher Kenntniß der bestehenden Verhältnisse und Bedürfnisse erörtert zu haben.

Vor Allem ist der allgemeinen Richtung entgegenzutreten, welche die neuere Ausführung Stängel's genommen hat. Nach derselben könnte es den Anschein haben, als ob mein Aufsatz den Zweck gehabt hätte, zu zeigen, daß der in der eben erwähnten Schrift ausgesprochene Wunsch einer gesetzlichen Regelung dieser Verhältnisse ein ungerechtfertigter sei. Dieß ist eine durchaus mißverständliche Auffassung meiner Arbeit. Ich habe nur gelegentlich in dem vor 6 Jahren veröffentlichten Aufsatze an zwei Stellen darauf hingewiesen, daß eine gesetzliche Regelung der Verhältnisse der Kirchengemeinden zur Zeit ihre großen Schwierigkeiten habe und daß der bestehende Zustand in Württemberg kein so trostloser und unerträglicher sei, als ihn jene Schrift bezeichne, wobei man ohne Vorbehalt zugeben kann, daß es wünschenswerth wäre, wenn auch auf diesem Gebiete, wie noch auf vielen andern Lebensgebieten, durch ein Gesetz allem Hader und Streit ein Ende gemacht würde. Nur kann man sich nicht verhehlen, daß auch nach Erlassung eines solchen Gesetzes,

selbst wenn es gelingt, durch eine Vermittlung der konfessionellen Verschiedenheiten in der Grundauffassung der Verhältnisse des kirchlichen Vermögens ein allen Theilen genehmes Werk zu Stande zu bringen, der Anlaß und Stoff zu neuen Zweifeln und neuem Streit nicht fehlen wird. Uebrigens war für mich diese Frage eine ganz nebensächliche. Vielmehr war mein Zweck, durch eine gründliche Untersuchung des bestehenden Rechtszustandes, so lange ein solches Gesetz nicht besteht, die geltenden Rechtssätze darzustellen, um hiedurch eine weitere wissenschaftliche Erörterung des Gegenstandes anzuregen.

Eine solche erscheint ohnehin als die unerläßliche Vorbedingung einer ersprießlichen Gesetzgebung. Nothwendig muß sie aber unter der Tendenz leiden, zu zeigen, daß der ganze Zustand, so lange der Gesetzgeber nicht unmittelbar intervenire, ein mißbräuchlicher und trostloser sei. Ich habe mich bemüht, die Stängel'schen Ausführungen ihres polemischen Beiwerkes zu entkleiden und mir die Frage vorgelegt: was ist nach der Ansicht Stängel's geltendes Recht? Allein ich fand, wenige einzelne Punkte ausgenommen, überhaupt kein positives Resultat.

Nach der Ausführung Stängel's fällt die Behauptung, daß der Stiftungsrath der gesetzliche Vertreter der Kirchengemeinde sei, „mit der Unterscheidung der Kirchenstiftung und der Kirchengemeinde von selbst in Nichts zusammen." Auch soll die „Praxis in der Vertretungsfrage keineswegs eine so sichere sein, als man annehmen zu dürfen glaube."

Man sollte erwarten, daß von diesen Sätzen aus um so gewisser die Ansicht, daß die Kirchengemeinde, da und insoweit eine andere Vertretung nicht besteht, in der Gesammtheit der Parochianen ihre Vertretung finde, von Stängel vom Standpunkte des bestehenden Rechtes aus acceptirt werde. Allein dieß soll nun vollends nicht richtig und sogar verwerflich sein. Zwar entspreche unverkennbar

[8] Die Vertretung der Kirchengemeinde durch die Parochianen ist — beiläufig gesagt — kein Maß der Autonomie, sondern die

„das von Sarwey vorgeschlagene Maß der Autonomie,[3] der Theorie nach noch am ehesten dem Wesen der Selbstregierung.“ Aber nach Buckles Geschichte der Civilisation soll dieser „Vorschlag,“ unter einem anderen Lichte betrachtet, verwerflich sein. Der Gesetzgeber dürfe nicht schlechthin die Ausführung des als wahr erkannten Prinzips sich zum Zwecke setzen, sondern er habe die Zweckmäßigkeit als einzige (?) Richtschnur zu betrachten. Unzweckmäßig aber sei es, daß Versammlungen, zusammengesetzt aus 50 und mehr Personen ohne parlamentarische Bildung und Uebung, oft ohne jegliche Rechtskenntniß und meist ohne geeignete Leitung eine gesetzgeberische (d. h. autonome) Thätigkeit überlassen werde, und daß die Minderheit von der Mehrheit majorisirt werden könne.

Selbst wenn es sich de lege ferenda handeln würde dürften diese Anschauungen über die Aufgabe des Gesetzgebers im Allgemeinen und im besonderen Falle immerhin einiges Bedenken erregen. Allein dieß kann hier dahin gestellt bleiben. In ihrer Beziehung auf meine Ausführung sind sie jedenfalls ganz gegenstandslos, da bei einer Untersuchung des geltenden Rechtes Rücksichten der Zweckmäßigkeit, wie sie Stängel in's Feld führt, durchaus Nichts beweisen. Die einzig praktische Frage, welche Stängel zu beantworten gehabt hätte, wäre gewesen: wer, so lange ein Gesetz nicht besteht, und wenn die Stiftungsräthe dieses Recht nicht haben, die Kirchengemeinden zu vertreten habe, und gerade auf diese Frage sucht man eine Antwort in der Stängel'schen Ausführung vergeblich. Der Stiftungsrath vertritt die Kirchengemeinde nach Stängel nicht, die Gesammtheit der Parochianen soll sie nach seiner Ansicht gleichfalls nicht vertreten; dennoch müssen sie handeln, wenn sie überhaupt existiren. Sie müssen Kirchen, Pfarrhäuser bauen, Geistliche besolden, Kultbedürfnisse befriedigen und die Mittel

[3] Autonomie selbst; auch habe ich sie nicht „vorgeschlagen,“ sondern als bestehendes Recht bezeichnet.

hiezu häufig durch Umlagen aufbringen. Sie müssen Prozesse führen, Ablösungs- und andere Verträge abschließen. Sie können damit nicht zuwarten, bis das verlangte Gesetz gegeben ist.

Die letzte Konsequenz der Stängel'schen Ansicht ist eine ganz andere, als jene Ausführung selbst will, so lange nun einmal das verlangte Gesetz, gleichgiltig, aus welchem Grunde, nicht ergangen ist. Die Kirchengemeinden würden nicht nur nicht vertreten sein, wenn die Praxis Stängel folgen würde, sie würden gar nicht existiren und die kanonische Auffassung von der Verwaltung des Lokal-Kirchenvermögens durch die Kirchengewalt, d. h. den Bischof, müßte mit logischer Nothwendigkeit in der katholischen und protestantischen Kirche in die Lücke treten.

Würde mir eingewendet worden sein, daß zwar die in meinem Aufsatze gewonnenen Resultate vom Standpunkte des geltenden Rechtes aus richtig seien, daß aber eben aus diesem Zustande nachtheilige Folgen sich ergeben, welchen ein Gesetz begegnen sollte, so wäre ein Feld der Diskussion gebvten gewesen. — Allein die Ausführungen Stängel's zielen dahin, zu zeigen, daß die Kirchengemeinden überhaupt keine Vertretung weder in dem Stiftungsrathe, noch in der Gesammtheit der Parochianen haben [4] und hierin eben liegt die Unhaltbarkeit seines Standpunktes, welcher durch die tägliche Erfahrung auf das Evidenteste widerlegt wird. Eben hiemit aber ist der ganzen Polemik die Spitze abgebrochen und kann sie auf sich beruhen bleiben.

In einzelnen Punkten hätte ich allerdings abgesehen von der prinzipiellen Frage jener Darstellung noch vielfach zur Abwehr entgegenzutreten.

So soll meine Ansicht, daß dem Generalreskript von 1783 noch jetzt trotz des Verwaltungs-Edikts von 1822 rechtliche Wirkung zukomme, „um so weniger begreiflich sein," als ich „im Hinweis auf das Gesetz vom

[4] Die kirchenstaatsrechtlichen Verhältnisse ꝛc., S. 146.

12. Sept. 1818 ausführe, daß das spätere Gesetz das frühere Gesetz oder Gewohnheitsrecht aufhebe." Hiebei ist gänzlich übersehen, daß, wenn das Generalreskript, die gesetzliche Sanktionirung einer altwürttembergischen Gewohnheit, noch zu Recht besteht, die Tragung der Kirchenkosten durch die politische Gemeinde nicht im Widerspruche mit dem Verwaltungsedikt, sondern im Einklange mit demselben steht (§. 130, Abs. 1), und mithin die Berufung auf das Verwaltungsedikt als Grund der Aufhebung des Generalreskripts eine petitio principii ist, jedenfalls aus anderen Gründen die Aufhebung desselben zu erweisen wäre. Die fortdauernde Giltigkeit des Generalreskripts jedoch, in der Beschränkung allerdings auf Altwürttemberg, wird in einzelnen gerichtlichen Entscheidungen und ebenso von den Verwaltungsjustizbehörden unbeanstandet angenommen. Das genannte Reskript steht nun aber der Freilassung der Dissidenten von der für kirchliche Zwecke gemachten Gemeindeschadensumlage in Anwendung des Gesetzes vom 12. Sept. 1818 nicht im Wege. Die in jenem Gesetze gemachte Ausnahme, „wenn nicht durch einen besonderen Rechtstitel z. B. durch die Erwerbung des Laienzehnten oder durch Verjährung die Baulast von den Parochianen auf die bürgerliche Gemeinde übergegangen ist," findet auf die altwürttembergischen in Anwendung des Generalreskripts von 1783 zur Tragung der Kirchenkosten verbundenen politischen Gemeinden aus dem Grunde keine Anwendung, weil der Titel dieses Ueberganges keiner der in dem Gesetz von 1818 bezeichneten besonderen Gründe ist. Wenn ferner Stängel meine Einwendung gegen seine Ansicht, daß die Kirchensteuer nach dem Maßstab der Grund-, Gebäude-, Gewerbe- und Einkommenssteuer umzulegen sei, mit der Bemerkung zu widerlegen sucht, daß der Mangel eines Vergleichungsmaßstabes auch bei den erstgenannten sog. direkten Steuerquellen zutreffe, so scheint hiebei außer Acht gelassen, daß bei diesen Steuerquellen der Vergleichungsmaßstab zur Zeit bekanntlich noch gesetzlich fest-

gestellt ist. Ganz abgesehen hievon ist jedenfalls die Frage, auf welchen gesetzlichen Boden die Vertheilung der Kirchensteuer auf Grund-, Gebäude- Gewerbe- und Einkommenssteuer nach den Staatssteuerbeträgen sich stütze, wiederholt unbeantwortet geblieben und es scheint mir daher der früher aufgeworfene Zweifel, ob abgesehen von einem Beschlusse der hiezu berechtigten Vertretung der Kirchengemeinde eine hiernach gemachte Umlage gegen einen Widersprechenden im Administrativrechtswege durchgesetzt werden könnte, nicht widerlegt.

Nach dem Obengesagten wird jedoch ein weiteres Eingehen auf solche Einzelnheiten hier unterbleiben können. Nur ein mit der Grundauffassung der Vertretung der Kirchengemeinde im engsten Zusammenhange stehender Punkt bedarf noch der näheren Erörterung.

Stängel greift die Auffassung der rechtlichen Natur des Ortskirchenvermögens und des Wesens der Kirchengemeinde als Vermögenssubjekt an, welcher ich in meiner Darstellung gefolgt bin. Darüber, ob das überhaupt für milde Zwecke bestimmte und ausgeschiedene Vermögen im Eigenthum von Korporationen sich befinde, oder selbstständige juristische Persönlichkeit habe, wurde bekanntlich von jeher gestritten, und es ist nicht meine Absicht, diesen Streit hier aufzunehmen.

Zu einer Erörterung dieser Streitfrage hat auch meine frühere Ausführung nicht die geringste Veranlassung gegeben.[5] Daraus, daß das für Lokalkirchenzwecke be-

[5] Hiemit findet eine Bemerkung in der neuestens erschienenen, oben erwähnten Schrift von Kreisgerichtsrath Lang ihre Berichtigung. Die Behauptung, daß die in der einzelnen Gemeinde vorhandenen kirchlichen Stiftungen keine selbstständige juristische Persönlichkeit haben, sondern im Eigenthum der Kirchengemeinde stehen, sagt Lang (a. a. O., Note 7), „sei nur ein Ausfluß der irrigen Ansicht, daß Stiftungen überhaupt keine juristische Persönlichkeit haben, sondern stets im Eigenthum einer andern Person sein müssen," was in §. 35 seiner Monographie die Widerlegung finde.

stimmte Vermögen als Vermögen der betreffenden Kirchengemeinde bezeichnet wird, folgt keineswegs, daß ausnahmslos alle piae causae einen Vermögenstheil der Gemeinden oder anderer Korporationen bilden. Ein Hospital, dessen von Stängel Erwähnung geschieht, ist beispielsweise an und für sich kein für kirchliche Zwecke bestimmtes Institut und es kann seine juristische Persönlichkeit unbedenklich von mir anerkannt werden, ohne ein Wort an dem früher Gesagten zu modifiziren. Selbst für unmittelbar kirchliche Zwecke bestimmten Werthen in Liegenschaften oder Kapitalien ꝛc. kann, ohne daß jene Regel hiedurch aufgehoben würde, die Eigenschaft der selbstständigen juristischen Persönlichkeit zuerkannt werden, wenn die konkreten Verhältnisse besonders geartet sind. Die von Stängel citirten Aufsätze im 3. und 4. Bande der Monatsschrift, welche nur von Familienstiftungen sprechen, haben hiernach jedenfalls mit der hier vorliegenden Frage nichts zu thun. Außerdem führt Stängel nur die Auktorität von Reyscher für sich an, welche aber nach den von ihm selbst ausgehobenen Worten direkt gegen seine Verneinung eines Eigenthumes der Kirchengemeinde sprechen. Nach Stängel soll die Kirchengemeinde nur ausnahmsweise, wenn z. B. das Lokalkirchengut durch freiwillige Beiträge der Parochianen entstanden sei, ohne daß denselben die rechtliche Eigenschaft von Stiftungen beizulegen wäre, eigenthümliches Vermögen besitzen. [6]

Diese mir unterstellte Behauptung findet sich in meinem Aufsatze nicht. An der Stelle, auf welche sich Lang bezieht, ist von den „für die Befriedigung der kirchlichen Bedürfnisse bestimmten Vermögen" gesprochen, von welchen er selbst sagt: die „Kirchengemeinden sind Eigenthümer der Lokalkirchengüter, soweit diese nicht, was fast immer der Fall sein wird, (?) auf Stiftungen beruhen." Zur Berichtigung dieser Bemerkung ist auf den Text zu verweisen.

[6] Mit Unrecht beruft sich Lang für diese Ansicht außer auf Stängel auf Seuffert, Archiv VIII, Nr. 13. In der bei Seuffert mitgetheilten Entscheidung des K. Obertribunals in Berlin finden sich wörtlich folgende Stellen: „vielmehr erscheint von den

Nach Reyscher kommt dagegen der Kirchengemeinde im Zweifel das Eigenthum an den Orts- und Pfarrkirchen, gleichwie an allen Lokal-Kirchengütern zu, bei welchen nicht eine besondere Stiftung erweislich ist. Gerade dieses letztere aber ist nach den Erfahrungen des Verfassers die seltene Ausnahme. Nur muß man sich allerdings klar machen, was unter einer solchen besonderen Stiftung zu verstehen ist. Nicht jede Ausscheidung von Vermögen für kirchliche Zwecke ist eine Stiftung. In allen altwürttembergischen Orten findet sich ein zum Theil allerdings kleines Ortskirchenvermögen, welches der großen Kirchenordnung von 1589 und der Landesordnung von 1536, nicht aber einer besonderen Stiftung sein Dasein verdankt, wenn auch erweislichermaßen vor der Reformation dasselbe aus Stiftungen hervorgegangen wäre. Ebenso wird die Ansicht keine Widerlegung finden, daß in den meisten neuwürttembergischen Gemeinden, protestantischen wie katholischen, auf das dort vorhandene Lokalkirchenvermögen die von Reyscher gemachte Ausnahme, daß eine besondere Stiftung erweislich sei, ausgenommen vielleicht kleinere Theile desselben, gleichfalls keine Anwendung leidet. Anders stellt sich selbstverständlich das Ergebniß, wenn man Stiftung in dem Sinne nimmt, in welchem der Ausdruck in dem Verwaltungsedikt gebraucht ist. Allein der

---

vielen verschiedenen Ansichten über die Frage, wem das Eigenthum am Kirchengute zustehe, diejenige als die allein richtige, welche das Eigenthum den einzelnen Kirchengemeinden zugesteht," ferner „das Kirchengut kann freilich nicht als Eigenthum der allgemeinen in jeder Diözese durch den Bischof vertreteuen Kirche angesehen werden, vielmehr erscheint nach der ausschließlich haltbaren und auch von der Mehrzahl der Kirchenrechtslehrer angenommenen Ansicht die juristische Person der einzelnen kirchlichen Gemeinden oder Institute als Subjekt dieses Eigenthums." Mithin gerade der von mir behauptete, von Stängel bekämpfte Grundsatz findet hier seine Anerkennung, und gleichwohl hat Lang den Ersteren neben das Citat aus Seuffert's Archiv gestellt, als ob Beide dasselbe sagten.

Ausdruck „Stiftung" im Sinne des Verwaltungsediktes hat nicht die technische Bedeutung eines durch einen besonderen erweislichen Stiftungsakt (Testament, Legat, Schenkung) zu einer pia causa bestimmten Zweckvermögens. Weder der Rechtsgrund der Bestimmung eines Vermögens für den bestimmten Zweck, noch seine rechtliche Natur, sondern lediglich der Zweck, welchem es zu dienen hat, ohne Rücksicht auf die Rechtsform, in der es besteht, kann von dem Verwaltungsedikt unter dem Ausdruck „Stiftung" verstanden sein.[7] Bei einer anderen Auslegung könnte nach der Ansicht Stängel's ein unzweifelhaft in dem Eigenthum der Kirchengemeinde stehendes Vermögen, ein Fall, der auch nach seiner Ansicht immerhin möglich ist, nicht unter der Verwaltung des Stiftungsrathes stehen, und doch ist selbst bei der ängstlichsten Restriktion des §. 120 des Verwaltungsediktes gewiß niemals ein Zweifel darüber entstanden, daß der Stiftungsrath dieses Vermögen zu verwalten habe. Eben deßhalb sind die Schlüsse, welche aus dem Verwaltungsedikte gegen die hier vertretene Ansicht gezogen werden wollen, nicht zutreffend. Unter den Stiftungen, von welchen der §. 120 u. f. des Verwaltungsediktes spricht, sind unzweifelhaft solche, welche nach der bisher gewöhnlichen, neuerdings aber vielfach angefochtenen Terminologie juristische Persönlichkeit haben. Allein, daß das Verwaltungsedikt nur an selbstständige Stiftungen gedacht habe, ist eine ebenso unzweifelhaft unrichtige Unterstellung; vielmehr bezeichnet es mit dem Ausdruck „Stiftungen" überhaupt alles für die in §. 120 bezeichneten Zwecke bestimmte Vermögen, ohne Beziehung auf die Form der rechtlichen Existenz desselben, wie eben seine Anwendung seit seinem Bestehen beweist. Aus dem Verwaltungsedikt kann eben deßhalb nicht ge-

[7] Ganz in Uebereinstimmung mit dem Obigen unterscheidet Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechtes (1871) zwischen Stiftungen im weiteren und Stiftungen im engeren Sinne, §. 62, S. 499.

folgert werden, daß das für die Zwecke der Ortskirche bestimmte Vermögen ein von der Kirchengemeinde abgesondertes rechtliches Subjekt bilde. Abgesehen von den Bestimmungen des Verwaltungsediktes ist aber, in so weit, als die Bedürfnisse der Kirchengemeinde und die Bedürfnisse, zu deren Bestreitung dieses Vermögen bestimmt ist, sich decken, jede Unterscheidung zwischen beiden eine ebenso unpraktische, als unberechtigte Fiktion. Nicht die Identifizirung beider ist, wie Stängel sagt, eine Rechtsfiktion, sondern ihre Trennung ist es, welche, sobald der Begriff der Kirchengemeinde feststeht, hinfällig wird. [8]

Was mit dieser Rechtsfrage die Erinnerung Stängel's an eine „Aufgabe des Staats, nach der Beseitigung der tausendjährigen Fesseln zu streben, die ihm die Theologie (?) angelegt," zu thun haben soll, ist nicht ganz klar. Die Kirchenstiftung und die Kirchengemeinde in einen Gegensatz zu einander zu stellen, hat ungefähr so viel Berechtigung, als wenn man die Staatsgüter in einen Gegensatz zum Staat stellen wollte. Die Kirchengemeinde findet die Mittel zur Befriedigung ihrer kirchlichen Bedürfnisse in erster Linie in dem Ortskirchenvermögen. Niemand kann

[8] Stängel nennt S. 342 diese Ansicht eine Rechtsfiktion, welche „nach meinem eigenen Zugeständniß gewagterweise von mir aufgestellt worden sei." Dieses Citat ist unrichtig. Von meiner Ausführung über das Recht der Gemeindegenossen, vermöge der Autonomie Majoritätsbeschlüsse über die Art der Umlage zu fassen, nicht über die rechtliche Natur des Ortskirchenvermögens, habe ich, übrigens nur im Hinblick auf die theoretischen Zweifel über die Zulässigkeit der Fassung autonomer Beschlüsse juristischer Personen durch die Majorität ihrer Mitglieder bemerkt, daß die Aufstellung dieser Sätze „immerhin gewagt erscheinen könnte;" gerade bezüglich dieser Ausführung bemerkt aber Stängel, daß sie der Theorie nach am ehesten dem Wesen der Selbstregierung entspreche, was wohl so viel heißt, als daß sie vom Standpunkt der Theorie aus zu billigen sei, wobei nicht außer Acht zu lassen ist, daß sie auch in der Praxis vielfache Bestätigung findet.

in anderer Weise, als für diesen Zweck, über dasselbe verfügen. Selbst wenn es richtig wäre, was von Stängel betont wird, daß bei der Gründung dieses Vermögens, ebenso wie noch bei Erlassung des Verwaltungsediktes, die Kirchengemeinde nicht als das selbstständige, handlungsfähige Rechtssubjekt gedacht worden sei, welchem dieses Vermögen zukomme, könnte dieß nicht verhindern, daß der Kirchengemeinde mit dem ersten Lebenszeichen das Ortskirchenvermögen als ihre Aussteuer zuerkannt wird. Dieß ist in Wahrheit längst geschehen, nicht durch den Willen der Kirche, deren Theologie und Dogma hiemit Nichts zu thun hat, nicht durch den Willen des Staates, welcher nur sehr ausnahmsweise in diese Verhältnisse eingegriffen hat, sondern durch die Natur der Sache, vermöge einer mit innerer Nothwendigkeit vollzogenen Entwickelung. Sobald man die Kirchengemeinde hat, hat diese das Ortskirchenvermögen, und nur wer die Kirchengemeinde in Anwendung des kanonischen Rechtes verneint, kann an der selbstständigen Persönlichkeit des Ortskirchenvermögens festhalten, um hierin für die Erhaltnng desselben Garantien zu suchen. So betrachtet es v. Savigny[9] als ganz selbstverständlich, daß, wenn das Kirchengut nicht der Universalkirche oder einer Diözesankirche als Gemeingut zuzuschreiben sei, was er verneint, „die individuelle Kirchengemeinde, d. h. die Korporation der zu dieser Kirche gehörigen Christen, Inhaber des Kirchenvermögens" sei, obwohl andererseits, wie bekannt, die neuerdings angefochtene Theorie von der juristischen Persönlichkeit auch der milden Stiftungen, vorzüglich auf der Darstellung und der Auktorität v. Savigny's beruht. Nur das Eine ist, um Mißverständnissen zu begegnen, wiederholt hervorzuheben, daß hiemit nur die Regel bezeichnet ist, und daß in einzelnen Fällen, in Folge besonderer Rechtsakte oder in Folge besonderer thatsächlicher Verhältnisse, wie bei zusammenge-

[9] System II, S. 266.

ſetzten Gemeinden, von dieſer Regel Ausnahmen vorkommen, welche jedoch eben die Regel beſtätigen.

Man wird nach dem Ausgeführten und im Hinblick auf die dieſer Anſicht zur Seite ſtehenden Auktoritäten [10] ſich für berechtigt halten dürfen, davon auszugehen, daß in der Regel das Ortskirchenvermögen das Vermögen der Kirchengemeinde bildet.

Hievon nimmt die Berufung auf das Verwaltungs-Edikt zu Begründung der Theſis, daß der Stiftungsrath zur Vertretung der Kirchengemeinde in ihren vermögensrechtlichen Beziehungen berufen ſei, ihre innere Berechtigung, wofür ich auf meine frühere Ausführung Bezug zu nehmen habe. Eine Widerlegung der Konkluſionen, welche ſich für jene Theſis aus der obigen Grundauffaſſung der Kirchengemeinde als Vermögensſubjekt und der rechtlichen Natur des Orts-Kirchenvermögens ergeben, hat Stängel nicht verſucht. Er hat zwar die Prämiſſen, nicht aber die hieraus gezogenen Folgerungen angegriffen. Es möchte auch ſchwer ſein, von dieſen Prämiſſen aus zu einem andern Ergebniſſe zu gelangen. Die vermögensrechtliche Perſönlichkeit der Kirchengemeinde äußert ſich nicht nur hiſtoriſch, ſondern auch für die Rechtsanſchauung der Gegenwart zuerſt in dem Haben eines für Beſtreitung ihrer Bedürfniſſe beſtimmten Vermögens und dieſes iſt, abgeſehen von den beſonderen Ausnahmen, das mit den verſchiedenſten Namen, am häufigſten mit dem Namen des Heiligen der Ortskirche, bezeichnete Ortskirchenvermögen. Wenn alſo das Geſetz den Stiftungsrath zur Verwaltung und Vertretung dieſes Vermögens beruft, was nicht beſtritten iſt, ſo iſt derſelbe Vertreter der Kirchengemeinde zunächſt bezüglich des Vermögens, in welchem ihr Daſein zur äußerlich erkennbaren Erſcheinung kommt.

---

[10] v. Savigny, Hermann, Eichhorn, Reyſcher, Walter, Weißke, Entſcheidung des Berliner Obertribunals, ſ. Bd. VII. dieſes Archiv, S. 300, Note 28 und oben Note 6.

Hievon die Vertretung der Kirchengemeinde bezüglich anderer Vermögenstheile und Vermögensansprüche auszuscheiden, ist nun aber an sich wegen der Untheilbarkeit der rechtlichen Persönlichkeit kaum möglich und jedenfalls ließe sich ein Grund nicht denken, aus welchem der Gesetzgeber diese Unterscheidung gemacht haben sollte. Das Verwaltungsedikt hat sie so wenig gemacht, daß es vielmehr, worauf schon früher hingewiesen wurde, ausdrücklich in §. 130 dem Stiftungsrathe zur Pflicht machte, im Falle eines Defizits des Ortskirchen- oder sog. Stiftungsvermögens die sonstigen Mittel zu „Deckung des Defizits," d. h. zur Bestreitung der kirchlichen Bedürfnisse „in Erwägung zu ziehen." Unmöglich konnten die Verfasser des Verwaltungsediktes hiebei an eine bloß theoretische Untersuchung denken, was etwa zu geschehen habe. Das Gesetz hat vielmehr hiemit den Stiftungsrath ermächtiget, die zur Flüssigmachung dieser Mittel nöthigen Schritte vorzunehmen und dieß kann der Stiftungsrath nur in Vertretung der Rechte der Kirchengemeinde, welcher allein die „zur Deckung des Defizits" führenden Ansprüche zustehen.

Allerdings kann nun nicht bestritten werden, daß die Gerichte und die Verwaltungsbehörden mehrfach die Möglichkeit verneint haben, diese Vertretung der Kirchengemeinde durch den Stiftungsrath an das Gesetz anzuknüpfen und die Schwierigkeit, gegen eine von den Gerichten und den Verwaltungsbehörden mehrfach ausdrücklich bestätigte Auslegung des Gesetzes mit Erfolg anzukämpfen, kann nicht verkannt werden. Doch erscheint dieß im Hinblick auf die oben mitgetheilte Entscheidung des Kgl. Geheimenrathes vom 23. Mai 1867 nicht ganz aussichtslos. Denn wenn dort gesagt ist, daß „in den Bestimmungen des Verwaltungsedikts immerhin Anhaltspunkte für diese Ansicht gefunden werden können," so wird man hierin eine Bestätigung der hier vertheidigten Gesetzesauslegung erblicken können. Auch beziehen sich manche Aeußerungen der Ge-

richts- und Verwaltungsstellen über die Vertretung der Kirchengemeinde, auf welche sich die Gegner der hier vertheidigten Auslegung berufen, auf die Frage: ob der Stiftungsrath die einzelnen Kirchengenossen bezüglich der ihnen obliegenden Parochiallasten zu vertreten befugt sei, eine Frage, deren Verneinung mit den früheren Ausführungen des Verfassers durchaus übereinstimmt.

Welche Ansicht man nun aber auch über die wirkliche Absicht des Verwaltungsediktes haben mag, unter allen Umständen beweist die Praxis der Gerichte und der Verwaltungsstellen, daß die Vertretung der Kirchengemeinde durch den Stiftungsrath die nothwendige Konsequenz der durch das Verwaltungsedikt getroffenen organischen Einrichtungen ist. Gegenüber den Versuchen, diese Praxis in Zweifel zu ziehen, [11] ist auf die schon früher veröffentlichten Entscheidungen und Verfügungen zu verweisen.

Weitere Belege hiefür liefern außer den oben mitgetheilten zwei Entscheidungen des Kgl. Geheimenrathes und einzelnen sonst veröffentlichten Vorgängen die Erhebungen, welche aus Anlaß zweier Rekursfälle von dem Kgl. Ministerium des Innern und dem Kgl. Geheimenrathe gemacht worden sind und dem Verfasser erst neuerdings zugänglich wurden. Diese Mittheilungen und Erhebungen sind jedoch mit Vorsicht zu benützen, weil in denselben das Beweisthema nicht immer mit der nöthigen Schärfe gefaßt ist, woraus theilweise sich scheinbar widersprechende Erscheinungen erklären.

Es sind daher über das Beweisthema einige Bemerkungen voranzuschicken, welche zur weiteren Erläuterung des von dem Verfasser in seinem ersten Aufsatze vertretenen Standpunktes dienen werden.

1) Vor Allem ist das Verhalten der Regierungsbehörden als Aufsichtsbehörden der Stiftungsräthe von der

[11] Stängel a. a. O., S. 345; Lang a. a. O., S. 145.

Stellung der Administrativ-Justizbehörden zu unterscheiden. Aus der Nichtbeanstandung eines von dem Stiftungsrathe gefaßten Beschlusses über die Umlage einer Kirchensteuer, und die Art derselben von Seiten der vorgesetzten Aufsichtsbehörde folgt keineswegs, daß dieser Beschluß auch von dem Administrativrichter im Streitfalle als eine den einzelnen Kirchengenossen verpflichtende Norm anerkannt wird. Die Genehmigung, beziehungsweise Nichtbeanstandung eines solchen stiftungsräthlichen Beschlusses ist nur der Ausspruch, daß kein Grund vorliege, demselben von Aufsichtswegen entgegenzutreten. Hiebei kann die Frage, ob hiedurch der Einzelne verpflichtet werde, insolange als kein Einzelner Widerspruch erhebt, um so gewisser dahin gestellt bleiben, als möglicherweise der Beschluß des Stiftungsrathes durch die thatsächliche Befolgung die Genehmigung aller oder der großen Mehrheit der Kirchengenossen erhält.

2) Unter der allgemeinen Bezeichnung „Vertretung der Kirchengemeinde in ihren ökonomischen Angelegenheiten" werden in den meisten Erörterungen über diese Frage verschiedene Aufgaben verstanden, welche wesentlich auseinander zu halten sind. Von der prozessualischen Vertretung der Vermögensrechte der Kirchengemeinde, sowie von der Verwaltung ihres besonderen, sogenannten Stiftungsvermögens ist diejenige Thätigkeit, durch welche die einzelnen Kirchengenossen zu einer vermögensrechtlichen Leistung verpflichtet werden, wesentlich zu unterscheiden. Der Stiftungsrath hat zufolge der hier vertheidigten Ansicht in der Regel die Vermögensrechte der Kirchengemeinde, folgerichtig auch die Ansprüche derselben an die Kirchengenossen auf Deckung des Defizits durch die Kirchensteuer zu vertreten. Um diese Ansprüche durchzusetzen muß jedoch 1) die Nothwendigkeit einer Umlage, d. h. das Vorhandensein eines auf anderem Wege nicht zu deckenden Defizits dargethan sein und 2) die Leistungspflicht des Einzelnen auch dem Betrage nach fest-

stehen. Ein Streit über die erste Frage kann stets nach den bestehenden Verwaltungsgrundsätzen im Wege des Administrativ-Justizverfahrens erledigt werden und findet seine Erledigung schon durch den Ausspruch der Staats-Aufsichtsbehörden. Was den zweiten Punkt, die Leistungspflicht der Einzelnen, betrifft, so wäre die Feststellung derselben als bloße Rechnungsmanipulation einfach, wenn eine allgemeine gesetzliche Regel über die Art der Umlage feststehen würde. Allein es ist eine solche Regel nicht nachweisbar, [12] nur in einzelnen Gemeinden kann die Umlage-Art durch Herkommen oder Statutarrechte festgestellt sein. Wenn man nun, wo es an einer lokalen Quelle fehlt, die Feststellung der Umlage-Art als einen in das Gebiet der Autonomie fallenden Akt anerkennen muß, so folgt hieraus von selbst, daß dieselbe nur durch einen Mehrheitsbeschluß der Kirchengenossen in rechtsgiltiger Weise erfolgen kann. [13] Hiebei ist jedoch zuzugeben, daß, da ein Gesetz nicht besteht, welches die Beschlußfassung an gewisse formelle Voraussetzungen knüpfen würde, jede Thatsache, aus welcher die Uebereinstimmung der Mehrheit der Kirchengenossen mit der Umlage und der vorgeschlagenen Umlage-Art in unzweideutiger Weise hervorgeht, für genügend erachtet werden kann, um einen solchen Mehrheitsbeschluß anzunehmen und den Einzelnen für verpflichtet zu erklären, sich dieser Willensäußerung der Gesammtheit zu fügen.

---

[12] Vergl. meinen Aufsatz in Bd. VII. dieses Archivs S. 292 u. f.

[13] Diese Unterscheidung, mit welcher ein guter Theil meiner früheren Ausführung sich beschäftigt, ist Lang gänzlich entgangen. Wenn derselbe (a. a. O. S. 145, Note 5) als meine „von Stängel widerlegte" Ansicht bezeichnet, „daß der Stiftungsrath der gesetzliche Vertreter und Verwalter der Kirchengemeinde, wie der Gemeinderath der politischen Gemeinde sei," und als gegen mich gerichtet bemerkt, „daß dem Stiftungsrathe im Verwaltungs-Edikte kein Recht der Besteuerung der Gemeindegenossen zu kirchlichen Zwecken eingeräumt worden sei," so werden mir hier Behauptungen unterstellt, welche ich (a. a. O. S. 319—321) bekämpft habe.

Dieß trifft namentlich dann zu, wenn der Stiftungsrath über die Art der Umlage beschließt und die Pfarrgenossen diesen Beschluß durch Bezahlung des den Einzelnen hiernach betreffenden Antheils vollziehen. Der Stiftungsrath macht hiebei zunächst in Vertretung der Ansprüche der Kirchengemeinde eine Forderung an jeden Einzelnen, welche er, wenn dieser Zahlung verweigert, im Wege der Klage bei dem Verwaltungsgericht zu verfolgen hat. Hat nun die Mehrheit Zahlung geleistet oder zugesagt, so ist hiemit der stiftungsräthliche Beschluß von derselben genehmigt und hierin liegt eine auch die Widerstrebenden verpflichtende autonome Kundgebung der Gesammtheit.

3) Wie bei allen genossenschaftlichen Verbindungen kann eine Kollision zwischen den Interessen des zu ihrer Vertretung berufenen Organs und der sämmtlichen Mitglieder der Genossenschaft auch der Kirchengemeinde aus den Verhältnissen sich ergeben. Vermöge der gesetzlichen Aufgabe des Stiftungsrathes tritt eine solche Kollision bei Vertretung der Kirchengemeinde sehr häufig ein. Da nämlich der Stiftungsrath die sämmtlichen in einer Gemeinde vorhandenen Stiftungen zu verwalten hat, so ergibt sich schon hieraus in den häufigen Fällen, in welchen das für kirchliche Zwecke bestimmte Vermögen noch anderen nicht unmittelbar kirchlichen Zwecken dient, bei der Beurtheilung der Vorfrage, ob ein nicht auf anderem Wege zu deckendes Defizit nachgewiesen sei, die Möglichkeit einer Kollision der Interessen. In allen Fällen, in welchen zu dieser Thatsache der weitere Umstand hinzutritt, daß die die Wahl des Stiftungsrathes in der Regel bestimmende Grenze der politischen Gemeinde mit der Grenze der Kirchengemeinde nicht zusammentrifft, tritt jene Interessen-Kollision besonders scharf hervor. Ueberhaupt liegt stets, wenn die politische und die Kirchengemeinde sich nicht decken, die Annahme einer solchen Kollision nahe, obwohl sich nicht behaupten läßt, daß sie nothwendig durch diesen

Umstand für sich allein schon gegeben sei. Daß unter dieser Voraussetzung einer Interessen-Kollision der Stiftungsrath nicht als Vertreter der Kirchengemeinde handeln kann, versteht sich von selbst. Allein hieraus folgt vom Standpunkte des bestehenden Rechtes aus Nichts gegen die Regel, daß der Stiftungsrath die Kirchengemeinde in ihren ökonomischen Angelegenheiten vertritt.

Wird nun die bestehende Uebung unter Berücksichtigung dieser verschiedenen Gesichtspunkte geprüft, so wird man in derselben durchaus die in dem früheren Aufsatze des Verfassers vertheidigte Auffassung bestätigt finden. Das Ergebniß dieser Prüfung läßt sich in Folgendem zusammenfassen:

1) Abgesehen von den Aussprüchen der Administrativ-Justizbehörden im Falle von Administrativstreitigkeiten kann durch die von dem Ministerium des Innern im Jahre 1862 aus dem ganzen Lande eingezogenen Berichte über die bestehende Uebung als konstatirt angenommen werden, daß es der Regel nach die Stiftungsräthe sind, welche, da und dort unter Zuziehung der Bürger-Ausschüsse oder verstärkt durch Deputirte aus den Filialorten, die ökonomischen Angelegenheiten der Kirchengemeinden besorgen und namentlich über die Umlagen auf die Parochianen beschließen. Die Ausnahmen hievon finden sich in den zahlreichen altwürttembergischen Gemeinden, namentlich Städten (Besigheim, Böblingen, Eßlingen, Leonberg, Marbach, Nagold ꝛc.) und anderen Gemeinden (Rottweil, Spaichingen, Heilbronn ꝛc.), in welchen die Kirchenkosten in den Gemeinde-Etat aufgenommen und unter dem Gemeindeschaden umgelegt werden. Sie finden sich ferner in denjenigen Kirchengemeinden, welche, ohne den entscheidenden Schwerpunkt der großen Mehrheit der Kirchengenossen in Einer politischen Gemeinde zu finden, aus Angehörigen mehrerer politischen Gemeinden gebildet sind und in welchen sich durch Herkommen, von dem Verwaltungsedikt abweichend, an der Stelle des „Stiftungs-

rathes" des Verwaltungsedikts andere Verwaltungsorgane, (Kirchspielskonvente, Kirchspielsstiftungsräthe, Ausschüsse aus den Gemeinde- oder Stiftungsräthen) gebildet haben.

Ueber das Verhalten der Staatsaufsichtsbehörden ergibt sich ferner aus den Akten, daß kein Fall von einer mit der politischen Gemeinde identischen Kirchengemeinde namhaft gemacht werden konnte, in welcher eine von dem Stiftungsrathe beschlossene Umlage von Kirchenkosten auf die Pfarrgenossen aus dem Grunde der Nichtberechtigung der Stiftungsräthe zur Anordnung von dergleichen Umlagen von den Regiminalbehörden beanstandet und außer Wirkung gesetzt worden wäre. So hat namentlich in dem oben (S. 237) mitgetheilten Falle die Kreisregierung zwar einen solchen Beschluß außer Wirkung gesetzt, das Ministerium des Innern dagegen auf erhobene Beschwerde im Verwaltungswege diese Verfügung wieder aufgehoben und hiemit als Verwaltungsgrundsatz anerkannt, daß die Stiftungsräthe durch Vertretung der vermögensrechtlichen Ansprüche der Kirchengemeinde an die Parochianen ihre Befugnisse nicht überschreiten.

Allerdings spricht ein unter dem 10. Nov. 1823 ergangener Erlaß des Ministeriums des Innern aus Anlaß von Anständen bezüglich der Umlage von Kirchenkosten in einer zusammengesetzten Kirchengemeinde des Oberamtes Crailsheim aus, daß die Stiftungsräthe zum Erkenntniß über solche Umlagen nicht berufen seien, sondern daß, wenn unter den Betheiligten eine gütliche Vereinigung nicht stattfinde, die Entscheidung der Gesammtheit der Parochianen nach Stimmenmehrheit zukomme. Ein Widerspruch mit der oben bezeichneten Praxis der Staatsaufsichtsbehörden kann jedoch in diesem Erlasse aus zwei Gründen nicht gefunden werden. Einmal bezog sich diese Verfügung auf eine zusammengesetzte Kirchengemeinde, für welche im Hinblick auf die Möglichkeit einer Interessen-Kollision die Ausnahme von der Regel allseitig anerkannt ist. Sodann hatte dieser Erlaß, wie aus den Worten „Erkenntniß"

und „Entscheidung“ hervorgeht, nicht die Frage, wie sich die Aufsichtsbehörden vorbehältlich der administrativ-richterlichen Entscheidung einem solchen Beschlusse gegenüber zu verhalten haben, sondern die Frage im Auge, ob durch einen Beschluß des Stiftungsrathes die einzelnen Kirchengenossen an sich verpflichtet werden und wenn diese Frage dahin beantwortet wird, daß nur durch die autonome Willensübereinstimmung der Mehrheit der Kirchengenossen die Einzelnen verpflichtet werden, so erhält durch diesen dem Verfasser früher nicht bekannten Ausspruch die von demselben vertheidigte Ansicht eine positive Bestätigung.

2) Was die administrativgerichtlichen Entscheidungen betrifft, so wird in solchen, abgesehen von der Ausnahme im Falle der Möglichkeit einer Interessenkollision und abgesehen von der Frage, ob die einzelnen Pfarrgenossen in Ermangelung einer lokalen Norm durch einen Beschluß des Stiftungsrathes über die Erhebung und die Art der Vertheilung der Kirchensteuer ohne das Hinzutreten der Genehmigung durch die Mehrheit verpflichtet werden, die Befugniß des Stiftungsrathes zur prozessualischen Vertretung der Kirchengemeinde in Uebereinstimmung mit der Praxis des K. Obertribunals nicht beanstandet. Außer den in dem früheren Aufsatze des Verfassers beigebrachten Belegen ist sich hiefür auf die weiteren Mittheilungen in der Zeitschrift für freiwillige Gerichtsbarkeit [14] zu berufen. So hat namentlich die K. Kreisregierung in Ellwangen in dem dort veröffentlichten Erkenntniß vom 30. Januar 1864 ausgesprochen, „daß nach den bestehenden Normen die örtliche Stiftungsbehörde auch die zu einer Kirchengemeinde vereinigte Genossenschaft der einzelnen Parochianen rechtsgiltig vertreten könne.“ Die ebendaselbst [15] mitgetheilte Aeußerung der K. Kreisregierung in Ulm, welche

[14] Band X, S. 57 u. f.; Band XI, S. 23, 93.
[15] Band IX, S. 190.

die Stängel'sche Ansicht mit den Worten wiedergibt, „daß der Stiftungsrath ausschließlich das als selbstständiges Rechtssubjekt erscheinende Kirchenstiftungsvermögen zu verwalten habe," steht ganz vereinzelt und kann daher diese Praxis so wenig in Frage stellen, als die Entscheidung des K. Geheimenrathes vom 2. Mai 1864, [16] welche, obwohl die Begründung eine weitere Tragweite zu haben scheint, sich auf den Fall einer als möglich angenommenen Interessen-Kollision bezieht.

3) Als maßgebend für die administrativgerichtliche Praxis bezüglich der Frage, ob die Vertretungsbefugnisse des Stiftungsrathes abgesehen von den Ausnahmen so weit gehen, daß ein Beschluß desselben über die Erhebung einer Umlage und die Umlage-Art in Ermangelung einer lokalen Norm hierüber für sich allein die einzelnen Kirchengenossen verpflichte, werden die beiden neuesten oben mitgetheilten Entscheidungen der Administrativ-Justizbehörden bezeichnet werden können. Hiernach hat der K. Geheimerath in der Entscheidung vom 23. Mai 1867 sich nicht damit begnügt, die Verurtheilung zur Zahlung der geforderten Umlage mit der Berufung auf die Uebung der Vertretung der Kirchengemeinde durch den Stiftungsrath zu begründen, sondern noch als weiteren Entscheidungsgrund hervorgehoben, „daß alle stimmberechtigten Pfarrgenossen dem stiftungsräthlichen Umlagebeschluß sich unterworfen und damit solchen stillschweigend gutgeheißen haben." Es ist hiemit ganz im Einklang mit dem oben erörterten Ministerial-Erlaß vom 10. Nov. 1823 der von mir vertheidigte Grundsatz, daß in den hier vorausgesetzten Fällen die autonomische Zustimmung der Gesammtheit der Kirchengenossen zu dem Beschlusse des Stiftungsrathes hinzutreten müsse, um ihm verbindliche Kraft zu verleihen, angedeutet.

Diesen Grundsatz hat sodann in dem zweiten der

---

[16] Dieses Archiv, Bd. IX, S. 73; Boscher, Zeitschrift, Bd. VIII, S. 246 u. f.; Steinheil das Komplexlasten-Gesetz, S. 90.

mitgetheilten Fälle das Ministerium des Innern in seiner Entscheidung vom 29. Nov. 1870 in bestimmterer Form mit den Worten anerkannt, daß „überdieß die überwiegende Mehrheit der Parochianen dem stiftungsräthlichen Beschlusse thatsächlich sich gefügt und solchen damit stillschweigend gutgeheißen habe." Durch Verweisung auf die Gründe der Ministerialentscheidung hat der K. Geheimerath diesen Grundsatz wiederholt bestätigt.

Die Praxis der Gerichte bei Streitigkeiten über Kirchenfrohnen steht hiemit ganz im Einklang, da es sich in dem einen wie in dem anderen Falle um die Verpflichtung der einzelnen Kirchengenossen gegenüber der Kirchengemeinde als Vermögenssubjekt handelt.

3) In den Fällen, in welchen wegen Interessenkollision die Kirchengemeinde auch prozessualisch und in Vertragsverhältnissen von dem Stiftungsrathe nicht vertreten werden kann, sind drei Wege denkbar, eine Vertretung dieser Interessen zu finden und Einer dieser Wege muß gewählt werden, da die Kirchengemeinde unter Umständen handeln muß. Entweder hat die Staatsbehörde von Amtswegen eine Vertretung aufzustellen oder steht die Vertretung in Anwendung des kanonischen Rechtes der kirchlichen Oberbehörde (dem Bischof oder Landesbischof) oder endlich vermöge des Grundsatzes der Autonomie der Gesammtheit der Kirchengenossen, beziehungsweise einem von der Mehrheit derselben gewählten Vertreter zu. Ein Recht der Oberkirchenbehörde zur Vertretung der vermögensrechtlichen Persönlichkeit der Kirchengemeinde läßt sich vom Standpunkte des bestehenden Rechtes aus unzweifelhaft nicht nachweisen, wenn man der in Vorstehendem vertheidigten Grundauffassung von dem Wesen der Kirchengemeinde und der rechtlichen Natur des Ortskirchenvermögens folgt. Anders verhält sich dieß allerdings, wie schon oben bemerkt, von dem Standpunkte Stängel's aus, welcher aber, wie gezeigt, weder mit dem württembergischen Gesetze, noch mit der thatsächlichen Uebung im Einklange steht. Dagegen

kann man, ausgegangen von der Regel, daß der Stiftungsrath der Vertreter der Kirchengemeinde in ihren vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist, aus welcher auch das Oberaufsichtsrecht der Staatsbehörden von selbst folgt,[17] das Recht und die Pflicht der Staatsaufsichtsbehörde, in solchen Kollisionsfällen für eine Vertretung der Kirchengemeinde an der Stelle des verhinderten Stiftungsrathes zu sorgen, mit Grund nicht beanstanden. Nur ist hiebei der allgemeine Grundsatz, daß Korporationen vermöge der Autonomie durch die Gesammtheit der einzelnen Mitglieder in Ermangelung eines anderen Organs vertreten werden, nicht außer Acht zu lassen und die Wahl dieser besonderen Vertretung durch die Parochianen anzuordnen.

Diesen Grundsatz hat, so viel dem Verfasser bekannt, die Verwaltung in den Fällen, in welchen die Vertretung der Kirchengemeinde durch den Stiftungsrath verneint wurde, stets anerkannt. Auch eine künftige Gesetzgebung wird einen anderen Weg nicht einschlagen können.

---

[17] Dieses Archiv, Bd. VII, S. 315.

Alphabetisches Sachregister.

Die Zahlen bezeichnen die Seiten.

A.

Ablösbarkeit von Leistungen für öffentliche Zwecke, Erforderniß der Verknüpfung der Leistungsverbindlichkeit mit einem Vermögensbesitze 356.

Abwasser, Benützung einer gemeinschaftlichen Einfahrt zum Ablauf desselben 117.

Accise, s. Liegenschaftsaccise.

Administrativjustiz, über Administrativjustiz nach württembergischem Rechte 185.

Aestimatorische Injurienklage wegen leichtsinniger Denunciation bei der Obrigkeit 380.

Alimentation, Pflicht des Ehemannes zur Alimentation der faktisch getrennten Ehefrau 391.

Almosenbeiträge, die Prozesse über die sog. Almosenbeiträge des Staats 1.

Amtsschadensumlagen, s. Gemeindeumlagen, Grundsteuer.

Ausländer, Einsprache- und Beschwerderecht ansässiger Gewerbetreibender gegen Zulassung eines solchen zum Hausirhandel 244.

B.

Beschwerden an den Geheimenrath, allgemeine Grundsätze über ihre Zulässigkeit; §. 60 und §. 36 der Verfassungsurkunde 189, 309. Zurückweisung einer Beschwerde wegen verweigerter Dispensation 229, 231; wegen verweigerter Lotterie-Erlaubniß 232; vor ergangener Ministerialverfügung 235; gegen eine Ministerialverfügung, welche die Betretung des Civil-

rechtsweges offen gelassen hat 232, 233; gegen eine als Verwaltungsmaßregel bezeichnete Verfügung 240; gegen eine von Aufsichtswegen ergangene Verfügung 237; gegen die Uebertragung eines Gemeindeamtes an einen Gewerbekonkurrenten 235; Statthaftigkeit einer Beschwerde wegen Verweigerung des in Art. 51 der Gewerbeordnung von 1862 bezeichneten persönlichen Ausweises 242; von Beschwerden in Baupolizeisachen 246, 311, 312, 251; s. auch Geheimerrath.

Vorgfrist für eine Handelsschuld, bis der Schuldner nach seiner Ueberzeugung in der Lage sein werde, bezahlen zu können 181.

C.

Cedent, Haftung des Cedenten für die Güte der Forderung 363, 364, 366, 367, 368, 371, 372.

Civilrichter, Unzuständigkeit desselben im Falle der Anfechtung baupolizeilicher Beschränkungen des Eigenthümers 251.

Condictio indebiti, Beweis des Irrthums bei derselben 139.

D.

Dienstentlassung, Anträge auf solche im Wege des §. 47 der Verfassungs-Urkunde können nur von der vorgesetzten Dienstbehörde gestellt werden 230.

Dispensation, Verweigerung solcher ist nicht Gegenstand der Verwaltungsrechtspflege, Unstatthaftigkeit einer Beschwerde an den K. Geheimenrath wegen Verweigerung von Dispensationen durch die Ministerien 229, 231.

E.

Ehemann, Pflicht zur Alimentation der faktisch getrennten Ehefrau 391.

Eheverträge, successorische, Folge der Nichtbeobachtung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten 385.

Eigenthum, Befugniß des Eigenthümers, auf seinem Grund und Boden nach Wasser zu graben und Beschränkung derselben durch baupolizeiliche Verfügungen 251.

Einfahrt, Benützung zum Ablauf des Abwassers 117.

Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages 361.

Einkommenssteuer, Beiziehung des Kapitaleinkommens erledigter Pfarreien 280, der Ablösungsgelder für kirchliche Zwecke 284, der Dividenden aus den Monatseinlagen der Mitglieder einer Gewerbebank zur Kapitaleinkommenssteuer 288, Auslegung des Art. 1, Z. III. des Ges. v. 19. Sept. 1852, betr. die Steuer

von Kapital-, Dienst- oder Berufseinkommen 296. Sind Photographen einkommens- oder gewerbesteuerpflichtig? 292.

Expropriation für Korporationszwecke, die Entscheidung über die Nothwendigkeit derselben setzt die Zustimmung der Kreisregierung zu dem Antrag der Gemeindebehörde voraus 270.

F.

Faustpfandbestellung auf den Gesammttheil beweglicher Zubehörden einer Liegenschaft 340. 351.

Feldweggesetz vom 26. März 1862, Beschwerderecht der in Art. 15 des Ges. genannten mittelbaren Interessenten 270, Beschränkung des Art. 18, Abs. 2 und 3 auf die Markung außerhalb Elters, ibid.

Fixgeschäft, Voraussetzungen der Schadenersatzklage statt der Erfüllung, Berechnung des Schadens, maßgebender Börsenpreis 170. Schadenersatzklage wegen Nichterfüllung 173.

Frauen, Interception einer für deren Uebernahme bezahlten Frau 377. Unzulässigkeit der Erhebung irgend einer Abgabe von ortsfremden durch Heirath in die Gemeinde kommenden Frauen 301.

G.

Geheimerrath ist keine vorgesetzte Dienstbehörde 230, entscheidet nur über einzelne Beschwerden, nicht über Gesetzesauslegung 234, Besetzung in den Fällen des §. 60 der Verf.-Urk. 195, 311.

Gemeindeumlagen, Rückforderung angeblich zu viel bezahlter Gemeindeschadensumlagen wegen zu hohen Katasteranschlags 272; Rückforderung angeblich ohne Rechtsgrund bezahlter Umlagen 273, Nachforderung nicht erhobener Amts- und Gemeindeumlagen 276 f. auch Grundsteuer.

Gewerbesteuer, Beiziehung eines Konsumvereines zu derselben 286, sind Photographen gewerbe- oder einkommensteuerpflichtig? 292.

Geständniß, Beweis der unehelichen Vaterschaft durch Geständniß 57.

Grundsteuer, das Recht der Steuererhebung von Grund und Boden ergreift auch die auf denselben errichteten Gebäude und setzt die Katastrirung oder die Einleitung hiezu voraus 278.

H.

Haftpflicht mehrerer Vollmachtgeber als Gesammtschuldner 317.

Hauskinder, Vertragsfähigkeit 341, Anspruch der Hauskinder auf Ersatz für Wart und Pflege der Eltern 379.

Hausirhandel, zum Begriff desselben 244.

J.

Jagdgesetz vom 27. Okt. 1855, zur Auslegung des Art. 5 312.
Jagdpachtverleihung, Befugnisse der Staatsaufsichtsbehörden gegenüber den Gemeindebehörden 312, Beschwerden fallen nicht unter Art. 1, Abs. 1 des Ges. vom 13. Nov. 1855, ibid.
Inhaberpapiere, Uebertragung der Forderung aus inskribirten Inhaberpapieren 124.
Interceſſion der Frau, wenn diese für die Interceſſion bezahlt worden ist 377.
Irrthum über den Inhalt der Vertragsurkunde 137, in dem Vertragsgegenstand 123, Beweis bei der condictio indebiti 139.
Juriſtiſche Perſönlichkeit milder und denselben gleich gestellter Stiftungen, Erforderniß der Verleihung derselben durch die Staatsgewalt 100.

K.

Kirchengemeinden, die Vertretung derselben durch den Stiftungsrath, insbes. Beschlußfassung über die Umlage des Defizits auf die Parochianen 304, 307, 412, Zuläſſigerklärung eines hierauf bezüglichen Stiftungsrathsbeschlusses durch einen von Aufsichtswegen ergangenen Miniſterialerlaß 237.
Kollation veräußerter Liegenschaft 403.
Kolliſion der Rechtsnormen in einem Falle der paulianiſchen Klage 150, der Klagenverjährung 341.
Kompenſation vertragsmäßige 137.
Kompetenz des Civilrichters, Begründung derselben durch die Behauptung einer Partei, daß ihr ein privatrechtlicher Anſpruch zustehe 43; wird durch einen Vertrag über Nutzungsrechte an öffentlichem Waſſer nicht begründet 264.
Komplexlaſten, Erforderniß der Verknüpfung der Leiſtungspflicht mit einem Vermögensbeſitz 356.

L.

Legitimation durch nachfolgende Ehe, Bedeutung der Anerkennung durch den nachherigen Ehemann der Mutter für die Legitimation 160.
Liegenſchaftsacciſe von dem als Aufgeld zu bezahlenden Mehrwerthe eines Tauſchobjektes, Art. 4, Z. 2 des Geſ. vom 18. Sept. 1852 293.
Liegenſchaftsgeſetz, Irrthum über den Inhalt der Vertragsurkunde 137. Bezeichnung des Vertragsgegenſtandes 372. Bezeichnung des Kaufpreiſes 374. Bezeichnung der Vertragſchließenden

375. Unterzeichnung der Vertragsurkunde durch einen Bevollmächtigten 376.

Lotterie-Erlaubniß, Beschwerden an den Geheimenrath wegen Verweigerung derselben sind unstatthaft 232.

M.

Milde Stiftungen, Verleihung der juristischen Persönlichkeit an milde und ihnen gleichstehende Stiftungen 65.

N.

Nachbarn, Einsprache- und Beschwerderecht gegen Errichtung einer Fabrik wegen Gefährdung und Entwerthung ihres Eigenthums 244, insbes. gegen Errichtung einer Seifensiederwerkstätte 312.

P.

Pachtvertrag, Unzulässigkeit der Betreibung eines dem gepachteten gleichen Geschäftes durch den Pächter 137.

Paulianische Klage gegen den Bürgen 142; nach welchem Rechte sind deren Voraussetzungen zu beurtheilen? 150. Klageberechtigung der einzelnen Gläubiger während der Dauer des Konkurses 153. Feststellung der Benachtheiligung des Gläubigers 154. Praesumtio doli, wenn ein Stellvertreter des begünstigten Gläubigers gehandelt hat 154. Betrügliche Absicht des Schuldners 156. Beginn der Verjährungsfrist 157.

Privationsstrafe, erstreckt sich nicht auf eine Pension des schuldigen Theils 387.

R.

Realgemeinde, Theilung des Eigenthums einer solchen 343.

Reallast, Theilnahme an den Kosten einer Wiesenwässerungsanstalt als Reallast 113.

Realservitut, Verbot des Betriebs eines bestimmten Gewerbes in einem Hause 349.

Rechtskraft, Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache bei persönlichen Ansprüchen 183.

Regreß des Wechselinhabers Mangelszahlung 409.

Regreßklage gegen die Mitglieder der Unterpfandsbehörden, Subsidiarität derselben 141.

Ritterschaftlicher Adel, Beschwerde des Mitgliedes einer ritterschaftlichen Familie wegen Nichteintragung derselben in die Adelsmatrikel, Voraussetzungen dieses Eintrages 267.

S.

Servitutenersitzung, Erforderniß der Rechtsausübung 107.
Solidarische Haftpflicht mehrerer Vollmachtgeber 317.
Stillschweigende Willenserklärung einer Amtskorporation 342.

U.

Unterpfandsbehörde, Subsidiarität der Regreßklage gegen die Mitglieder einer Unterpfandsbehörde 141.
Unwürdigkeit des Erben, Entziehung der Erbschaft wegen solcher 167.

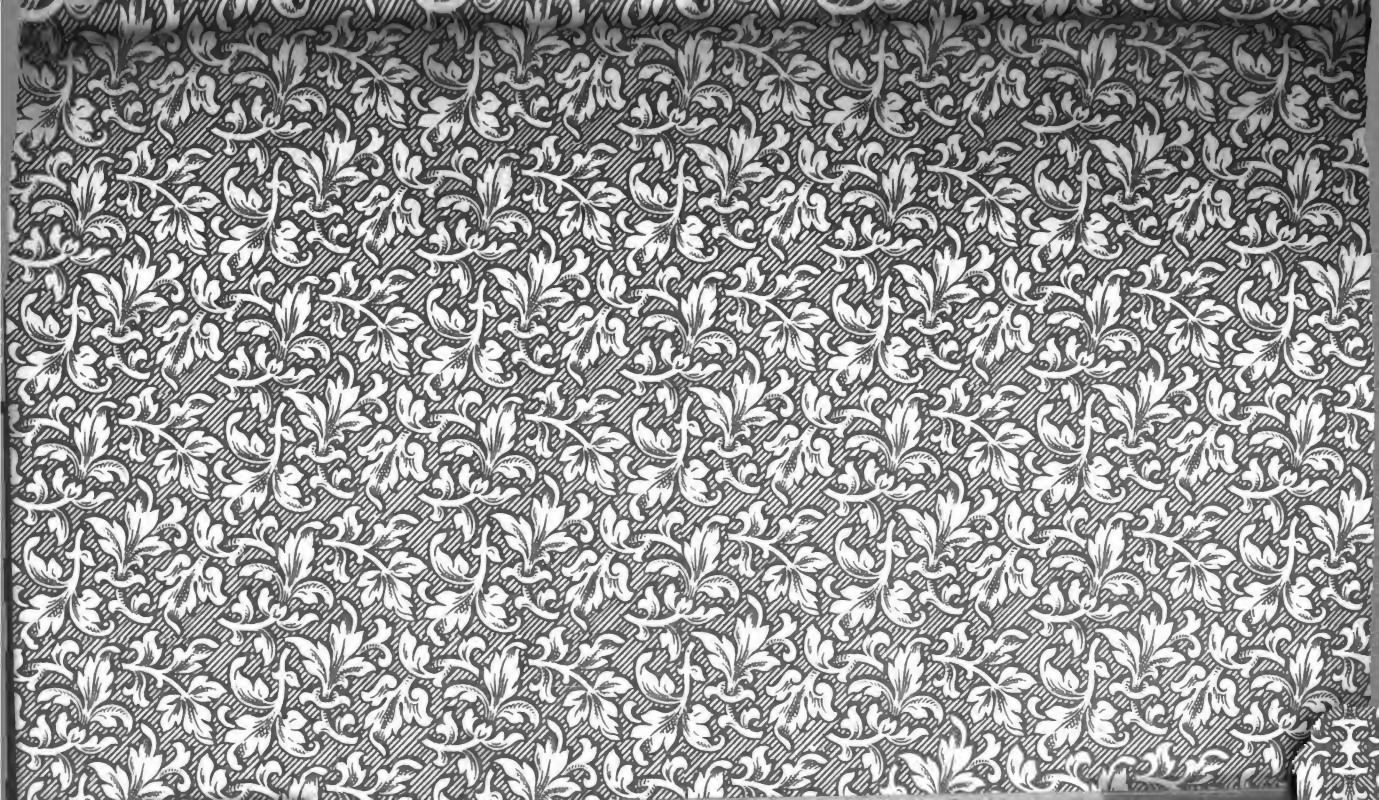
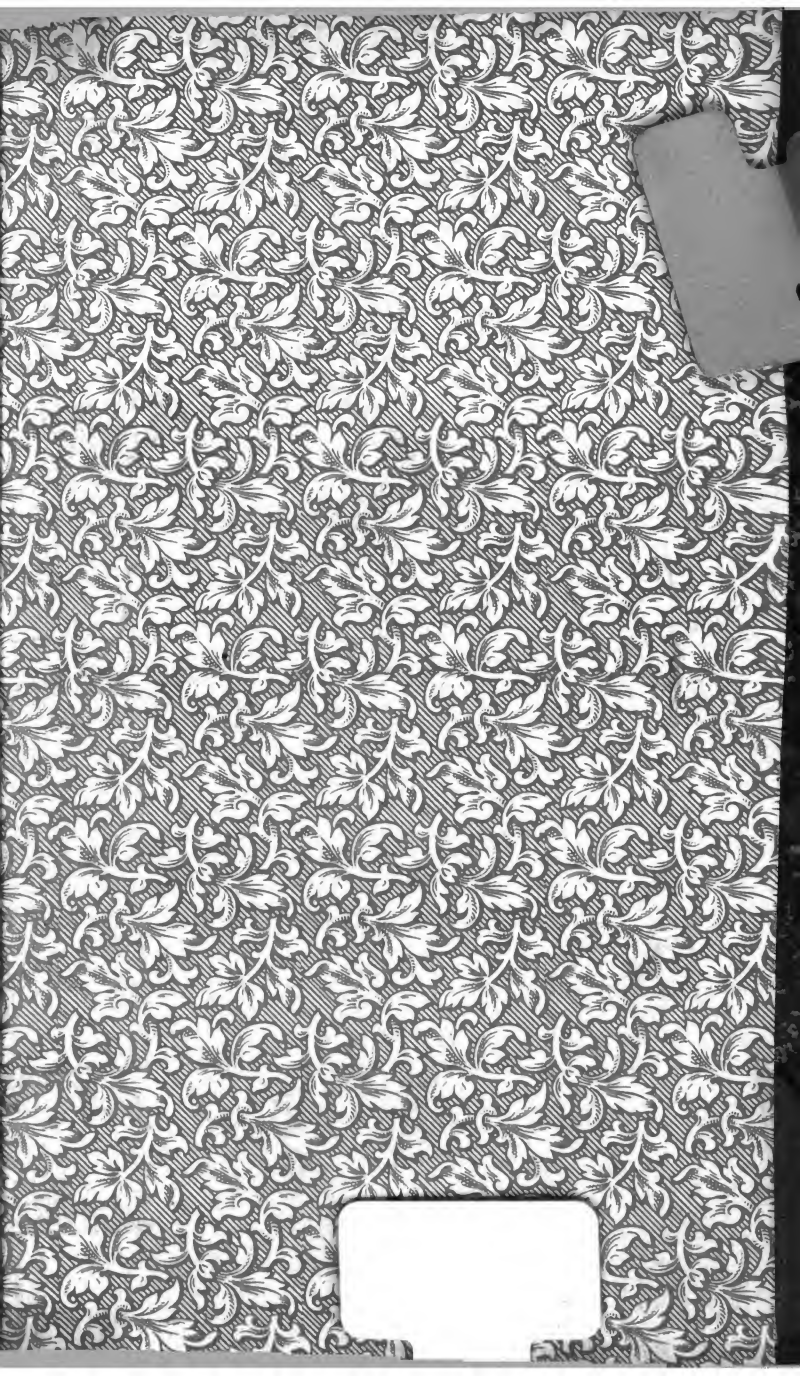
V.

Verpfändung der Gesammtheit beweglicher Zubehörden einer Liegenschaft ~~340.~~ 351.
Vaterschaft außereheliche, Beweis derselben durch Geständniß 57. Recht des außerehelichen Vaters zu persönlicher Verpflegung und Erziehung des Kindes 382.
Verpfändung einer Forderung, Verfügung des Forderungsberechtigten 123.
Vertragsfähigkeit der Hauskinder 341.
Verwaltungsstreitsache, zum Begriff derselben nach dem Gesetz vom 23. Nov. 1855 216, 246, 312.

W.

Wasserrecht, kleinere Bäche mit dauerndem Wasserlauf sind der Regel nach öffentliches Wasser 262. Vertrag über Nutzungsrechte an öffentlichem Wasser begründet keine Zuständigkeit des Civilrichters 264. Recht des Eigenthümers, auf seinem Grund und Boden nach Quellen zu graben 251.
Wechsel, Verfallzeit 181. Entschädigungspflicht des böslichen oder grob-fahrlässigen Erwerbers eines abhanden gekommenen Wechsels 407. Regreß des Wechselinhabers, Mangelszahlung, Natur der im Regreßanspruch begriffenen Zinse 409.
Wechselabschrift, mangelhafte Beschaffenheit derselben in der Protesturkunde 405.
Weiderecht des Eigenthümers neben einer Schafweidegerechtigkeit 100.

Z.

Zuständigkeit, s. Kompetenz.

Ex. A. G. P.
3/6/05.